Der Abholungsanspruch des § 867 B. G. B. unter Berücksichtigung des Zurückbehaltungsrechtes des Grundstücksbesitzers.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der juristischen Fakultät zu Rostock vorgelegt

von

Gerhard Schellert
Referendar am Königlichen Amtsgericht
zu Wolmirstedt.

ACAD. LIBRARY BERL.

Wolmirstedt
Buchdruckerei Ad. Grenzau
1910.

Referent: Herr Professor Dr. Mathias.

Inhaltsübersicht.

	Seite
§ 1. Zweck und Geschichte des § 867	9—14
§ 2 Die Voraussetzungen des Anspruchs	14—15
Allgemeines	14
1. Die positive Voraussetzung: „Ist eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines Anderen befindliches Grundstück gelangt"	15—24
a) Der Umfang der Worte „aus der Gewalt des Besitzers gelangen"	16
b) Der Anspruch ist weder an die Fortdauer des Besitzes an der Sache geknüpft (Kniep) noch an dessen Verlust (Mathias 2c.), einzige Voraussetzung ist die Tatsache des Gelangens der Sache auf das Grundstück	18
c) Analoge Ausdehnung des Anspruches auf bewegliche Sachen	24
2. Die negative Voraussetzung: „sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen ist"	25—40
a) „inzwischen"	25
b) „in Besitz nehmen" im Sinne der Literatur	25
c) § 867 und die Streitfrage des Besitzwillens	26
d) „in Besitz nehmen" ist nicht gleich „Besitz erwerben"	34
e) auch nicht gleich „Handeln" des Erwerbers	34
f) „in Besitz nehmen" bedeutet „wissentlich Besitz erwerben"	36
g) Der Schutz des bisherigen Besitzers im Fall der Inbesitznahme	39
§ 3. Der Inhalt des Abholungsanspruchs	40—50
1. Die Streitfragen darüber und deren Bedeutung	40
2. § 867 gewährt kein Selbsthilferecht,	42
3. vielmehr nur ein nötigenfalls im Wege der Klage geltend zu machendes Recht	44
4) Wichtige Gründe berechtigen zur Verweigerung der Gestattung nur im Falle der §§ 904 und 226 B. G. B.	49

§ 4. Die Abholungsberechtigten . . . . . 50—52
1. Berechtigt ist jeder Besitzer, ... 51
2. dagegen nicht der Besitzdiener 50
§ 5. Die Passivlegitimierten für den Anspruch 52—55
Der Anspruch geht sowohl gegen den unmittelbaren wie den mittelbaren Besitzer.
§ 6. Schadensersatzansprüche und Zurückbehaltungsrecht des Grundstücksbesitzers . . . . 55—64
1. Schadensersatz- und Kautionspflicht des Sachbesitzers . . 55
2. Das Zurückbehaltungsrecht des Grundstücksbesitzers . . . 56
a) Die beiden Zurückbehaltungsmöglichkeiten, je nachdem die Sache in Besitz genommen ist oder nicht 57
b) Das Zurückhaltungsrecht vor Inbesitznahme der Sache, 60
c) nach Besitznahme der Sache 63
§ 7. Die Schadensersatzpflicht des Grundstücksbesitzers . . . . . 65—66
§ 8. Die rechtliche Natur des Anspruchs . . . 66—69
1. Der Anspruch ist weder petitorisch, noch rein possessorisch, jedoch gleich den possessorischen Ansprüchen zu behandeln, und läßt demgemäß keine petitorischen Einwendungen zu 66
2. Die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes insbesondere 69
§ 9. Weitere Abholungsfälle im B. G. B. . . 70—72
§§ 1005 (1065, 1227) 962 (905).

In der Darstellung ist der Einfachheit halber der Abholungsberechtigte stets als Sachbesitzer bezeichnet ohne Rücksicht auf die Fortdauer oder den Verlust seines Besitzes an der Sache.

Literaturverzeichnis.

Affolter: Das Willensmoment beim Besitzerwerbe. Im Archiv f. b. R. Bd. 17 S. 1 ff. 1900.

Bartels: Ausführungen zur Besitzlehre des bürgerlichen Gesetzbuchs. In Gruchots-Beiträgen z. E. d. d. R. Bd. 42. 1898.

Bekker: Der Besitz beweglicher Sachen. In Iher-Jahrb. Bd. 34 S. 1. 1895.

Biermann: Das Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. 1903.

Bunsen: Besitzschutz. Im Archiv f. b. R. Bd. 23. S. 1

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. II. 4. Aufl. 1904.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. II. 1902, Bd. III. 1905.

Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. 1896.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches. Bd. II. 3. Aufl. 1906; Bd. III. 4. Aufl. 1908.

Eccius: Schuldhafte Verletzung des Besitzes. In Gruchots Beiträgen z. E. d. d. R. Bd. 53. S. 8 ff. 1909.

Enneccerus-Lehmann: Das bürgerliche Recht. Bd. II. 1904. 3. Aufl.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. 9. Aufl. 1903; Bd. II. 8./9. Aufl. 1905.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. 7. Aufl. 1906.

Franck: Der Besitzwille nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. 1898.

Gärtner: Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust nach römischem und neuerem deutschen Recht. In Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts (herausgegeben von Leonhard) Bd. IV. 1901.

Gierke: Deutsches Privatrecht. Bd. II. 1905. (cit. D. Pr.)

Gierke: Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht. 1897. (cit. Fb.)

Gierke: Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages. Bd. III. 1898.

Josef: Besitzklagen des B. G. B. Im Archiv f. b. R. Bd. 15. S. 265.

Klein: Der Abholungsanspruch aus § 867 und § 1005 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Jng. Diss. Leipzig 1903.

Kniep Der Besitz des bürgerlichen Gesetzbuchs gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht. 1900.

Kober: siehe unter v. Staudinger.

Kreß: Besitz und Recht. 1909.

Kuhlenbeck: Das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze Bd. II. 2. Aufl. 1903.

Langheineken: Anspruch und Einrede nach dem bürgerlichen Gesetzbuch 1903.

Männer: Sachenrecht 2. Aufl. 1906.

Mathias: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4. Aufl.

Mende: Der Abholungsanspruch des Besitzers mit Berücksichtigung der actio ad exhibendum. Jng.-Diss. Leipzig 1903.

Motive zu dem Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuchs.

Neumann: Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich Bd. I. 5. Aufl. 1909

Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906.

Peters: Der Abholungsanspruch nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Jng.-Diss. Rostock. 1907.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch Bd. II. und III., 3. Aufl. 1906.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs.

Raape: Besitzerwerb ohne Besitzwillen nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. 1901.

Rech:	Das Rechtsverhältnis. Ein Beitrag zur Lehre von der Konnexität und dem Zurückbehaltungsrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs. Jng. Diss. Bonn 1901.
Rehbein:	Das bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. II. 1903.
Entscheidungen des Reichsgerichts	in Zivilsachen. (cit. Rg.).
Rieger:	Das Zurückbehaltungsrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs. Jng.-Diss. Bonn 1901.
Rohde:	Studien im Besitzrecht. Abschnitt I und II. 1909.
Schlegelberger:	Das Zurückbehaltungsrecht 1904.
Schroeder:	Der Abholungsanspruch der §§ 867 und 1005 des bürgerlichen Gesetzbuchs. Jng.-Diss. Leipzig. 1907.
v. Staudinger:	Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuche. Bd. II. 3—4 Aufl. 1908; Bd. III. (cit. Kober) 5.—6 Aufl. 1909.
Straßner:	Der Abholungsanspruch des § 867 B. G. B. unter Berücksichtigung des Anspruches aus § 1005 B. G. B. Jng.-Diss. Leipzig. 1908.
Strohal:	Der Sachbesitz nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. In Iher. Jahrb. Bd. 38, S. 1 ff. 1898.
Turnau-Förster:	Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen. Bd. I. 3. Aufl. 1906.
Windscheid-Kipp:.	Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I. 2. Aufl. 1906.
Wolff:	Das Recht zum Besitze 1903.

§ 1.

Zweck und Geschichte des § 867.

Das Thema, dessen Behandlung vorliegende Arbeit gewidmet ist, hat, wie der Titel sagt, den Abholungsanspruch[1]) zum Gegenstande. Es soll also der Fall behandelt werden, daß eine bewegliche Sache auf ein im Besitz eines Anderen befindliches Grundstück gelangt, und zwar der im § 867 geregelte besondere Tatbestand, daß die Sache zwischen dem Zeitpunkte des Gelangens auf das Grundstück und der Geltendmachung des Anspruchs noch nicht in Besitz genommen ist, sei es vom Grundstücksbesitzer selbst oder einem Dritten. § 867 regelt also nur einen Spezialfall unter den in der rechtlichen Behandlung durchaus verschiedenen Möglichkeiten, die sich ergeben, wenn eine Sache auf ein fremdes Grundstück gerät. Diese verschiedenen Möglichkeiten rechtlicher Beurteilung erklären sich einmal aus den äußeren Umständen, unter denen sich das Gelangen einer Sache auf ein Grundstück vollziehen kann — entweder beruht dies auf einer willkürlichen Handlung des Grundstücksbesitzers, indem er selbst die Sache auf das Grundstück geschafft hat, oder auf Gründen, die unabhängig von seinem Willen sind z. B. Zufall, Naturgewalten oder Eingreifen dritter Personen, zweitens aus rein juristischen Gesichtspunkten auf Grund des § 856 B. G. B. Indem § 856 bestimmt, daß der Besitz dadurch beendet wird, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache verliert, eine ihrer Natur nach nur vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt jedoch die Beendigung des Besitzes nicht herbeiführt,

[1]) Die Bezeichnung Abholungsanspruch ist in der Literatur absolut vorherrschend für den im § 867 gewährten Anspruch und daher übernommen.

ist einmal der Fall möglich, daß mit dem Gelangen der Sache auf das Grundstück zugleich der Besitz des Sachbesitzers verloren geht, andererseits aber auch der Fall, daß die Fortdauer des Besitzes dadurch nicht beeinträchtigt wird. (Näheres siehe S. 16 ff.)

Wie wird nun in diesen Fällen der Besitz geschützt? Hat der Grundstücksbesitzer durch eigenes Zutun die Sache auf das Grundstück gebracht und damit den Besitz dem bisherigen Besitzer entzogen, so charakterisiert sich sein Handeln gemäß § 858 B. G. B., soweit nicht etwa das Gesetz die Entziehung gestattete oder diese mit dem Willen des bisherigen Besitzers geschah, als verbotene Eigenmacht, und es greifen die Bestimmungen der §§ 859, 861 B. G. B. ein. Der Sachbesitzer hat also das Recht, sich der verbotenen Eigenmacht mit Gewalt zu erwehren bezw. die Wiedereinräumung des Besitzes mit der Besitzentziehungsklage zu verlangen.

Der gleiche Selbst- bezw. Gerichtsschutz steht dem Sachbesitzer zu, wenn die Sache zwar unabhängig vom Willen des Grundstücksbesitzers auf dessen Grundstück gelangt, darauf aber von ihm in Besitz genommen ist, und der Fall vorliegt, daß das Gelangen der Sache auf das Grundstück nicht den Verlust des Besitzes nach sich zog; da hier der Besitz fortdauert, ist noch eine Entziehung möglich.

War dagegen mit dem Gelangen der Sache auf das Grundstück auch der Besitz verloren, so kann von verbotener Eigenmacht keine Rede mehr sein, wenn jetzt der Grundstücksbesitzer Besitz ergriffe; ein bereits verlorener Besitz kann natürlich hinterher nicht noch entzogen werden. In diesem Fall können also die possessorischen Schutzmittel der §§ 859, 861 nicht Platz greifen. Vielmehr ist der Sachbesitzer in erster Linie auf die Klage aus früherem Besitz (§ 1007 B. G. B.) verwiesen, daneben hat er unter Umständen auch eine Klage auf Grund eines ihm zustehenden Rechtes an der Sache, sei es als Eigentümer auf Grund des § 985 B. G. B., sei es als Nießbraucher oder Pfandgläubiger auf Grund der §§ 1065, 1227 B. G. B.

Liegt nun keiner dieser Fälle vor, wäre also nach dem Gelangen der Sache auf das Grundstück diese noch nicht vom Grundstücksbesitzer oder einem Dritten in Besitz genommen, so würde keine gesetzliche Möglichkeit bestehen, die Sache wiederzuerlangen. Ein Recht das Grundstück zu betreten, wäre nur denkbar, wenn zugleich einer der durch die §§ 229, 904 B. G. B. vorgesehenen Notfälle vorläge; andernfalls würde sich der Sachbesitzer durch eigenmächtiges Betreten des Grundstücks verbotener Eigenmacht schuldig machen, deren sich der Grundstücksbesitzer mit Gewalt erwehren könnte. Hier würde es nun, wie die Motive[1]) sagen, „zu der größten Unbilligkeit führen, wenn die tatsächliche Gewalt über das Grundstück benutzt werden könnte, um die fernere Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die auf das Grundstück gelangte fremde Sache zu vereiteln". Diese Unbilligkeit zu vermeiden, ist § 867 B. G. B. berufen, indem er bestimmt:

„Ist eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines Anderen befindliches Grundstück gelangt, so hat ihm der Besitzer des Grundstücks die Aufsuchung und die Wegschaffung zu gestatten, sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen worden ist. Der Besitzer des Grundstücks kann Ersatz des durch die Aufsuchung und die Wegschaffung entstehenden Schadens verlangen. Er kann, wenn die Entstehung eines Schadens zu besorgen ist, die Gestattung verweigern, bis ihm Sicherheit geleistet wird; die Verweigerung ist unzulässig, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist."

§ 867 enthält also den ganz allgemeinen Satz, daß der Grundstücksbesitzer das Betreten seines Grundstücks gestatten muß, soweit dies zur Wiedererlangung einer darauf geratenen Sache erforderlich ist.

In dieser allgemeinen Fassung ist der Abholungsanspruch des B. G. B. ein novum gegenüber der Gesetzgebung vor 1900; daher ist es vielleicht nicht ganz genau, von einer Geschichte des § 867 zu sprechen, wie es in der Überschrift dieses

[1]) Motive Bd. III S. 298.

Abschnittes geschehen ist. Ein unmittelbares geschichtliches Vorbild ist nicht vorhanden. Immerhin finden sich auch schon vor 1900 sowohl im gemeinen wie im Preußischen Allgemeinen Landrecht verwandte Rechtsinstitute.

Im Gebiete des römischen und gemeinen Rechtes ist hier in erster Linie die actio ad exhibendum hervorzuheben, die zwar ihrem Wesen nach mit § 867 nicht zu vergleichen ist, auf Grund deren aber in der Praxis dieselben Wirkungen wie mit der heutigen Bestimmung erzielt wurden. Das Wesen der actio ad exhibendum besteht darin, daß sie auf ein Vorzeigen (exhibere) eines Gegenstandes gerichtet ist, zwecks öffentlicher Feststellung, daß dem Kläger hinsichtlich des Gegenstandes klagbare Ansprüche zustehen: exhibere est facere in potestatem publico, ut ei, qui agat, experiundi sit copia.[1]) Sie ist ihrer Natur nach also nur eine Hilfsklage, nur eine Vorbereitungsklage, um die im Hintergrunde stehende Hauptklage — es handelte sich in erster Linie um die rei vindicatio[2]) — zu sichern. Ursprünglich Besitz in der Person des Beklagten voraussetzend, konnte die Klage im Laufe der Zeit mit Rücksicht auf sich in der Praxis ergebende Schwierigkeiten,[3]) den praktischen Bedürfnissen nicht mehr genügen. So wurde das Erfordernis des Besitzes allmählich fallen gelassen und die Klage gegen jeden gewährt, der imstande war, zu exhibieren, unter Umständen also auch gegen den bloßen Detentor. Lediglich die facultas restituendi wurde maßgebend, mochte juristischer Besitz bestehen oder nicht. So war die Anwendungsmöglichkeit der actio ad exhibendum für den Fall gegeben, daß die facultas restituendi dem Grundstücksbesitzer zustand, wenn eine fremde Sache auf sein Grundstück geraten war. Der praktische Erfolg der actio ad exhibendum war nun der, daß, wenn sie zugunsten des Klägers ausfiel, der Beklagte es nicht mehr auf die Hauptklage ankommen ließ, in der er ebenfalls unterliegen mußte, sondern sich zur freiwilligen Heraus-

[1]) l. 2 Dig. X, 4.

[3]) l. 1 Dig. X, 4. „maxime propter vindicationes inducta est."

[2]) Vergl. das Beispiel l. 15 Dig. X, 4; dazu Kniep S. 33.

gabe bezw. Gestattung der Abholung durch den Sachbesitzer entschloß. Somit wurde, obwohl eine Verpflichtung des Grundstücksbesitzers zum Gestatten der Wegnahme bezw. Herausgabe der Sache nicht bestand, schließlich derselbe Erfolg wie heute mit dem § 867 erzielt, und die Beispiele, die sich für das Anwendungsgebiet der actio ad exhibendum in dieser Richtung in Dig. X finden, können ebenso gut für § 867 herangezogen werden, z. B., wenn die Exhibitionsklage gewährt wird für den Fall, daß ein Floß auf ein fremdes Grundstück getrieben wird,[1]) oder daß sich von einem einstürzenden Hause Steine lösen und auf das Nachbargrundstück fallen.[2])

Neben der actio ad exhibendum, die also nur aus sich natürlich ergebenden Gründen zu denselben Resultaten wie der § 867 führt, kennt das römische Recht aber auch zwei Spezialfälle, die einen direkten Anspruch auf Gestattung der Abholung einer in das Machtbereich eines Anderen gelangten Sache enthalten und somit auch ihrem Wesen nach dem § 867 nahekommen: das interdictum (bezw. actio) de glande legenda[3]), das das Betreten des Nachbargrundstückes zwecks Aufsuchung übergefallener Früchte gestattete und die actio de thesauro, die Labeo für die Abholung eines ohne Wissen des Grundstücksbesitzers auf das Grundstück gelangten Schatzes gewährt, in dem Fall, wo die actio ad exhibendum wegen mangelnden Besitzes nicht durchgreift. Diese Fälle zeigen eine nähere Verwandschaft mit dem Anspruch aus § 867 auch insofern, als die Stellung der cautio damni infecti[4]) verlangt werden kann, wenn die Entstehung eines Schadens zu besorgen ist. (Vergl. § 867 Satz 3).

Einzelne auch ihrer Natur nach § 867 verwandte Fälle hat auch das preußische Allgemeine Landrecht von 1794 ausgebildet. So wird dem Eigentümer eines Bienenschwarmes das Recht

---

[1]) l. 5_4 Dig. X, 4.
[2]) l. 5_5 Dig. X, 4.
[3]) Dig. XIIIL, 28.
[4]) l. 9^1 Dig. X, 4, l. 15 Dig. X, 4.

gegeben, die schwärmenden Bienen auf fremdem Grund und Boden zu verfolgen und einzufangen;[1]) dasselbe Recht hat der Eigentümer von Fischen, die bei großem Wasser oder einem Durchbruche des Dammes ausgetreten sind;[2]) Bäume, die durch Sturmwind ganz oder zum Teil auf das Nachbargrundstück geworfen sind, kann der Eigentümer zurückschaffen.[3]) Ein allgemeines Abholungsrecht fehlt also auch hier noch. Aus diesen Einzelfällen ließ sich aber — und das ist die geschichtliche Bedeutung der speziellen Regelung vor 1900 für § 867 — leicht der allgemeine Satz entnehmen, daß der Grundstücksbesitzer das Betreten seines Grundstücks gestatten muß, zwecks Abholung darauf gelangter Sachen, solange die Sache noch nicht in Besitz genommen ist. Wie dies dann im § 867 B. G. B. geschehen.

II. Der Abholungsanspruch des Besitzers auf Grund des § 867 B. G. B.

§ 2.

Die Voraussetzungen des Anspruchs.

Die Schaffung des Abholungsanspruches entsprang, wie dargelegt, dem Bedürfnis, dem Besitzer eine gesetzliche Bestimmung an die Hand zu geben für den Fall, daß eine in seiner Gewalt befindliche Sache auf ein fremdes Grundstück geraten, hier aber noch nicht in Besitz genommen ist. Die zu schaffende Bestimmung mußte also einmal als positive Voraussetzung des Anspruchs enthalten, daß die Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein fremdes Grundstück gelangt ist, und als negative Voraussetzung, daß die auf das Grundstück gelangte Sache nicht in Besitz genommen ist. Dies ist in dem ersten Satz des § 867 geschehen, indem sich die positive Voraussetzung wiederspiegelt

[1]) I, 9 § 122.
[2]) I, 9 § 178.
[3]) I, 9 §§ 293—296.

in den Worten „Ist eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines Anderen befindliches Grundstück gelangt", die negative in dem Satz „sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen ist."

1. Die positive Voraussetzung.

„Ist eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines Anderen befindliches Grundstück gelangt."

Der Gesetzgeber hat die verschiedenen Möglichkeiten, unter denen eine Sache auf ein fremdes Grundstück geraten kann, in dem allgemeinen, farblosen „gelangen" zusammengefaßt und damit schon im Wortlaut dargetan, daß es für die Existenz des Anspruchs gleichgültig ist, auf welche Art und Weise sich dieses Geraten vollzieht. Das Gelangen der Sache auf das Grundstück kann also ebenso auf Zufall beruhen, z. B. Verlaufen oder Verfliegen von Tieren, Herbeitragen durch Tiere, wie auf Naturkräften, beispielsw. Wind, Überschwemmung, Erderschütterungen usw., oder auf einer Handlung eines Dritten oder des Sachbesitzers selbst. Was diesen letzten Fall angeht, so wird aber der Anspruch nicht nur im Falle unvorsichtigen oder mutwilligen Verhaltens des Sachbesitzers bestehen,[1]) sondern unter Umständen auch im Falle freiwilliger Besitzaufgabe.[2]) Man setze z. B. den Fall, jemand würde nachts auf dem Heimwege angefallen und würfe seine Geldtasche, um sie nicht in die Hände seiner Angreifer fallen zu lassen, über eine Mauer, ohne in der Dunkelheit zu erkennen, auf welches Grundstück. Von einer Besitzesfortdauer wird man hier wegen mangelnden corpus nicht reden können. Warum sollte ihm aber, wenn er am hellen Tage nach dem Ort des Überfalles und der Tasche sucht, der Abholungsanspruch

---

1) so die allgemeine Meinung; vergl. auch die Motive Bd. III S. 297, wo es heißt, „daß man eine culpa in propiis nicht mit der Abschneidung der Rechtsverfolgung bestrafen dürfe."

2) Dies verneinen ausdrücklich Crome Bd. III S. 238, Endemann Bd. II, 1. S. 188 A. 19, Planck A. 2a zu § 867, ähnlich Turnau-Förster A. 1. zu § 867.

verwehrt sein, wenn er die Tasche auf einem Grundstück liegen sieht. Wenn daher Planck[1]) meint, daß der Anspruch nach Analogie des § 1007 Abs. 2 ausgeschlossen sei, wenn der Besitzer den Besitz aufgegeben habe, so ist dies richtiger dahin zu ergänzen: wenn der Besitzer den Besitz aufgegeben hat und endgültig aufgeben wollte. Für die Ausschließung des Anspruches ist also eine Besitzaufgabe im Sinne des § 959 B. G. B. erforderlich, dagegen ist der Anspruch gegeben, wenn der Besitz nur vorläufig aufgegeben ist zwecks Sicherung der endgültigen Besitzgewalt. Eine derartige nur vorläufige Besitzaufgabe zu beweisen, ist Sache des bisherigen Besitzers, während dem Beklagten der Gegenbeweis dahin zusteht, daß der Besitz endgültig und nicht in der Absicht künftiger Fortsetzung aufgegeben ist.

Die Sache muß „aus der Gewalt" gelangt sein. Auch hier hat sich das Gesetz, indem es den Ausdruck „Gewalt" gebrauchte, allgemein ausgedrückt und erheblichen Streit in der Literatur über den Sinn des Begriffes heraufbeschworen, ein Streit, der für die praktische Anwendung des § 867 von großer Bedeutung ist. Mit Rücksicht auf § 856 B. G. B. ergeben sich, wie schon hervorgehoben,[2]) für die Auslegung des „aus der Gewalt Gelangens" verschiedene Möglichkeiten hinsichtlich der Besitzverhältnisse an der auf das Grundstück gelangten Sache. § 856 bestimmt, wie erwähnt, in seinem ersten Absatz, daß der Besitz einer Sache dadurch beendigt wird, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in sonstiger Weise verliert, macht aber in Abs. 2. die Ausnahme, daß eine ihrer Natur nach nur vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt nicht Besitzverlust nach sich zieht. Hiernach ist also möglich, daß beim „aus der Gewalt gelangen" einmal der Besitz noch fortdauert, indem die Verhinderung in der Ausübung der Gewalt so unbedeutend ist, daß das Besitzverhältnis dadurch unberührt erscheint — möglicher Weise taucht der Gedanke an irgend eine Veränderung in dem Besitzverhältnis zu der Sache garnicht auf

[1]) Planck A. 2a zu § 867.
[2]) vergl. S. 10.

— andererseits aber auch, daß die Ausübung der tatsächlichen Gewalt nicht nur vorübergehend, sondern völlig unmöglich wird und erscheint. Diese Möglichkeiten können abhängen von der Beschaffenheit der Sache, z. B. ob es sich um einen schweren oder leichten Gegenstand oder ein Tier handelt, von der Art des Umstandes, durch den „das aus der Gewalt gelangen" herbeigeführt wird, z. B. der verschiedenen Stärke der Naturgewalt, oder von der Laune des Zufalls. So wird, wenn der Wind meinen Hut einige Schritte vom Wege auf ein offenes Grundstück weht, mir garnicht der Gedanke kommen, daß ich den Besitz des Hutes verloren haben könnte; ich werde eiligst das Grundstück betreten, um den Hut zu holen. Ebenso wird, wenn beim Spielen ein Ball über die Mauer fliegt, angesichts der Alltäglichkeit des Falles auch hier nur eine vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt vorliegen und der Besitz fortdauern. Anders dagegen, wenn der Wind einen Kinderballon mehrere Kilometer weit auf ein fremdes Grundstück entführt, oder wenn, um das bekannte Strohalsche[1]) Beispiel anzuführen, Sachen durch eine Überschwemmung meilenweit fortgerissen und auf ein fremdes Grundstück getragen werden. In diesen Fällen ist sicherlich der Besitz als verloren anzusehen; von einer Gewalt über eine Sache, von der man nicht einmal weiß, wo sie sich befindet, kann hier keine Rede sein, die Verhinderung in der Ausübuug der Gewalt ist also mehr als vorübergehend, der Besitz somit verloren.

„Aus der Gewalt gelangen" kann also sowohl bedeuten, daß die Sache trotz des Geratens auf das fremde Grundstück noch im Besitze des Sachbesitzers geblieben ist, wie auch, daß mit dem Gelangen der Sache auf das Grundstück auch der Besitz daran verloren ist. Demnach ergibt sich auf Grund des reinen Wortlautes die Möglichkeit, drei verschiedene Voraussetzungen als positive Voraussetzung, des Anspruchs zu bestimmen, entweder daß der Besitz an der auf das Grundstück gelangten Sache noch

[1]) Strohal, S. 54.

fortdauern muß, oder daß der Besitz verloren sein muß, oder drittens, daß die Frage, ob der Besitz an der Sache fortdauern oder verloren sein muß, ganz ausscheidet, und lediglich die Tatsache des Gelangens auf das Grundstück für die Existenz des Anspruches erforderlich ist. Alle drei Möglichkeiten haben in der Literatur Vertreter gefunden.

Besitzesfortdauer als positive Voraussetzung des Anspruches verlangt Kniep.[1]) Allerdings begründet er seine Ansicht nicht. Was sich außer der Mehrdeutigkeit des Wortlauts im § 867 weiter zu gunsten seiner Meinung anführen ließe, ist auch nicht recht ersichtlich. In der Tat hat Kniep weitere Anhänger auch nicht gefunden. Zwar wird Besitzesfortdauer regelmäßig vorliegen, da sich das Hauptanwendungsgebiet des § 867 auf Fälle des täglichen Lebens erstreckt, in denen der Besitz nicht als verloren anzusehen ist. Was aber soll dann gelten, wenn einmal auch der Besitz mit dem Gelangen der Sache auf das fremde Grundstück verloren ist? Wie erlangt z. B. der Verwahrer des meilenweit fortgeschwemmten, noch nicht in Besitz genommenen Holzes wieder dessen Besitz? Die Konsequenz der Kniep'schen Ansicht müßte hier zum Versagen des Abholungsanspruches führen, somit hätte der Verwahrer rechtlich überhaupt keinen Anpruch, um die Sache wieder zu erlangen. Ungerechtfertigte Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag können allerdings in Frage kommen, würden aber häufig nicht zum Ziele führen. Nach der von Kniep vertretenen Ansicht sind demnach Lücken im Gesetz unvermeidlich, wenn mit dem Gelangen der Sache auf das Grundstück auch der Besitz verloren ist. Kniep selbst fühlt das Bedenkliche seiner Ansicht, indem er zugibt, daß die Frage der Besitzesfortdauer leicht zweifelhaft sein könne, und daher empfiehlt, mit der Aufsuchungsklage von vornherein die Besitzentziehungsklage zu verbinden — ein Weg, der wegen mangelnder verbotener Eigenmacht häufig auch nicht zum Ziele führen kann und außerdem den Wert der

[1]) S. 476.

neugeschaffenen Bestimmung als recht problematisch erscheinen lassen muß.

Dieselbe Frage, daß notwendiger Weise Lücken entstehen müssen, erhebt sich auch bei der gegenteiligen Meinung, die Besitzverlust als positive Voraussetzung des Anspruchs erfordert, denn umgekehrt würden hiernach die Fälle, in denen der Besitz noch fortdauert, nicht unter § 867 fallen. Allerdings vermeiden ihre Vertreter diese Konsequenz durch eine besonders enge Auffassung der für die Beurteilung des § 867 grundlegenden Frage, wann der Besitz an einer auf ein fremdes Grundstück gelangten Sache als verloren anzusehen ist, grundlegend deshalb, weil von der Stellungsnahme zu ihr die Entscheidung für eine der sich auf Grund des Wortlauts des § 867 bietenden Möglichkeiten der positiven Voraussetzung wesentlich beeinflußt wird. Als Vertreter der genannten Ansicht[1]) kommen hauptsächlich in Frage Mathias, Bartels, Biermann und Rohde.

Wann ist nun der Besitz an der auf das Grundstück gelangten Sache als verloren anzusehen?

Bartels und Rohde (a. a. O.). wollen Besitzverlust stets mit dem Gelangen der Sache auf das Grundstück eintreten lassen. Sie begründen dies damit, daß eine nur vorübergehende Verhinderung in der Ausübuug der tatsächlichen Gewalt nicht vorliegen könne, da das Betreten eines Grundstückes nicht ohne weiteres freistehe. Die Konsequenz muß also sein, Besitzverlust selbst dann anzunehmen, wenn beispielsw. ein Hut dicht am Wege auf fremdes Gebiet niederfällt.

Mathias[2]) sieht den Verlust der tatsächlichen Gewalt und damit Besitzverlust vorliegen bei Herstellung eines räumlichen Verhältnisses zu der Sache, das die Ausübung der Gewalt ausschließt. Demnach wird er Besitzverlust stets beim Gelangen der Sache auf geschlossene Grundstücke annehmen müssen, da hier immer ein solches räumliches Verhältnis vorliegt.

---

[1]) Mathias Bd. II S. 17 E. A 3; Bartels S. 678 ff, Biermann A 1b zu § 867; Rohde S. 82.

[2]) Bd. 2 S. 13 § 4 I.

Das Gleiche scheint Biermann anzunehmen, da in seinen Erläuterungen zu § 867 nur von offenen Grundstücken die Rede ist, er also bei geschlossenen Grundstücken Besitzverlust als selbstverständlich zu unterstellen scheint.

Es wird also nach Biermann wie Mathias die Anwendbarkeit des § 867 nur bei offenen Grundstücken in Frage kommen, wenn zugleich mit dem Gelangen der Sache auf das Grundstück Besitzverlust eingetreten ist. So bringt ihre Ansicht eine Unterscheidung von offenen und geschlossenen Grundstücken mit sich, eine Unterscheidung, von der § 867 selbst nichts weiß, da hier lediglich von Grundstücken die Rede ist und darunter natürlich die geschlossenen, ebenso wie die offenen Grundstücke fallen. Ganz abgesehen davon läßt sich die enge Auffassung, bei geschlossenen Grundstücken stets Besitzverlust anzunehmen, mit Rücksicht auf § 856 Abs. 2 überhaupt nicht halten.

§ 856 Abs. 2 sagt ausdrücklich, daß nicht jedes Verlieren der tatsächlichen Gewalt Besitzverlust zur Folge hat, sondern nur dann, wenn der dadurch hervorgerufene Zustand nicht nur als vorübergehend, also als dauernd anzusehen ist. Das Gesetz knüpft also den Besitz nicht an das Vorhandensein stetiger unmittelbarer körperlicher Einwirkung auf die Sache, sondern läßt vielmehr entscheidend sein, daß die Möglichkeit, die unmittelbare körperliche Einwirkung ohne weiteres wiederherzustellen, nicht als dauernd verschlossen anzusehen, somit nicht bereits ein fester Zustand des Nichtvorhandenseins der tatsächlichen Gewalt eingetreten ist. Wann nun eine dauernde oder nur vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt vorliegt, läßt sich nur nach den Umständen des einzelnen Falles und nach der Verkehrsanschauung entscheiden. Als fortdauernd wird der Besitz anzusehen sein, wenn nach allgemeiner Verkehrsanschauung die Sache nach dem Machteinflusse des Gewalthabers untersteht, die volle Ausübung der Gewalt nur zeitweilig verhindert, nach Art des Hindernisses aber bald wieder möglich erscheint. Als verloren dagegen, wenn diese Möglichkeit nach dem Laufe der Dinge ganz oder in Bälde ausgeschlossen ist. Als

allgemeiner Grundsatz ergibt sich also aus § 856, „daß eine tatsächliche Gewalt, die jederzeit realisierbar ist oder sich nach dem natürlichen Laufe der Dinge wiederherstellt als fortwirkend und somit als gegenwärtig angesehen werden muß.“[1])

Danach wird aber der Besitz an einer Sache, selbst wenn sie auf ein geschlossenes Grundstück gelangt ist, ohne weiteres noch nicht als verloren gelten können. Die dadurch herbeigeführte Ausschließung der tatsächlichen Gewalt ist nach der Verkehrsanschauung trotz des hergestellten räumlichen Verhältnisses nur vorübergehend. Zwar steht das Betreten des Grundstückes ohne weiteres allerdings nicht frei, die Gestattung des Grundstücksbesitzers aber, deren es regelmäßig bedarf,[2]) wird erfahrungsgemäß nur in den seltensten Fällen verweigert werden. Wenn man aber mit der Gestattung, somit auch dem unbehinderten Betreten des Grundstückes und demgemäß der baldigen Realisierung der Vollherrschaft rechnen kann, ist, wie gegen Bartels und Rohde zu behaupten ist, der durch das Gelangen der Sache auf das Grudstück hervorgerufene Zustand nur ein vorübergehender, der Besitz also fortdauernd. Der Besitz wird erst dann als verloren anzusehen sein (dies gilt natürlich erst recht bei offenen Grundstücken), wenn der außergewöhnliche Fall eintritt, daß die Aufsuchung aus irgend einem Grunde von dem Grundstücksbesitzer nicht gestattet wird.[3]) Erst von dem Augenblicke an, in dem er die Verweigerung erklärt, geht der bisher nur vorübergehend erscheinende Zustand der mangelnden Vollgewalt in einen dauernden über. Denn zu deren Realisierung bedarf es nunmehr des Klageweges und somit längerer Zeit. Es ergibt sich also, daß das bloße Gelangen einer Sache auf

---

[1]) so Endemann Bd. II S. 220 b; ähnlich Planck Bd. III A 2 zu § 856, Dernburg Bd. III S. 74, Männer S. 135, Kreß S. 156 ff, Crome Bd. III, S. 54/55.

[2]) vergl. S. 50—60.

[3]) ebenso Windscheid-Kipp. Bd. I S. 838, Planck A. 2 b zu § 867; Männer S. 150 A. 1.

ein Grundstück, offenes wie geschlossenes, nicht immer, ja regelmäßig nicht Besitzverlust zur Folge hat, dieser vielmehr erst dann eintritt, wenn der Sachbesitzer entweder nichts dazu tut, die Vollherrschaft durch Aufsuchen der Sache wiederherzustellen, oder daran durch das Machtwort des Grundstücksbesitzers gehindert wird.

Wenn Biermann insbesondere dagegen den Wortlaut „aus der Gewalt" gleich aus dem Besitz anführt, so ist dies, wie bereits hervorgehoben, unzutreffend. Aus der Gewalt gekommen ist die Sache dann, „wenn der Besitzer sie, ohne das Grundstück zu betreten, nicht wiedererlangen kann,[1]) mehr daraus entnehmen zu wollen, hieße dem Ausdruck Zwang antun.

Zu Bedenken muß die von Mathias und Biermann vertretene Ansicht aber auch führen wegen der Lücken, die sich trotz ihrer engen Auffassung nicht ganz vermeiden lassen. Ausnahmslos Besitzverlust anzunehmen, erscheint selbst ihnen zu weitgehend. Der Weg, den Mathias und Biermann für derartige Fälle weisen, ist nicht gangbar. Mathias will einen Anspruch nach § 861 begründet sein lassen, hiernach aber würden wieder nur die Fälle gedeckt, in denen sich der Grundstücksbesitzer verbotener Eigenmacht schuldig gemacht hätte. Biermann gewährt anscheinend in derartigen Fällen dem Besitzer ein Selbsthilferecht, das ihm das eigenmächtige Betreten des Grundstücks gestattet, wenigstens muß das die Folgerung aus dem von ihm angeführten Beispiel sein.[2]) Dieses Beispiel[3]), das die „unerträglichen und fast grotesken Konsequenzen" der gegnerischen Ansicht dartun soll, kommt deshalb nicht in Betracht, weil sich die angeblichen Schwierigkeiten durch die richtige Auffassung der Gestattungspflicht des Grundstücksbesitzers erledigen. Ein Betretungs-Recht besteht aber sicher

---

[1]) Turnau-Förster A. 4 zu § 867.
[2]) vergl. Endemann Bd. II 1. S. 188 A 20.
[3]) Biermann A. 2b zu § 867.

nicht, wenn sich auch im praktischen Leben die Abholung bei offenen Grundstücken regelmäßig so vollziehen wird.[1] [2])

Schon aus praktischen Rücksichten also muß es bedenklich erscheinen, Besitzverlust für die Anwendbarkeit des § 867 zu fordern. Alle Schwierigkeiten, die sich notwendiger Weise aus dieser wie der Kniep'schen Auffassung ergeben müssen, lassen sich vermeiden, wenn man sich für die dritte Möglichkeit entscheidet, das Gelangen der Sache auf das Grundstück unbeachtlich des Besitzverhältnisses allein vorauszusetzen. Hiernach ist es also ganz gleichgültig, ob der Besitz an der Sache verloren ist oder noch fortdauert, maßgebend ist lediglich, daß sich die Sache auf dem Grundstück befindet. Damit wird auch dem indifferenten Ausdruck des Gesetzes insofern am meisten Genüge getan, als weder für die eine noch die andere mögliche rechtliche Folgerung hinsichtlich des Besitzes Partei genommen wird. Infolgedessen erübrigt sich von vornherein jede Untersuchung hinsichtlich der Besitzverhältnisse an der Sache, während Kniep sowohl wie Mathias usw. jedesmal prüfen müssen, ob der Besitz noch fortdauert oder verloren ist. Die hier vertretene Auffassung hat aber auch eine Stütze im Gesetze selbst im § 1005.[3]) § 1005 B. G. B. legt dem Eigentümer den im § 867 bestimmten Anspruch zu und beweist durch diese ausdrückliche Bezugnahme daß ihm derselbe Tatbestand zu Grunde liegt.[4]) Im § 1005 heißt es aber nur „Befindet sich eine Sache auf einem Grundstücke, das ein Anderer 2c. besitzt." Es wird hier also deutlich dargetan, daß lediglich die Tatsache der Anwesenheit der Sache auf dem Grundstücke die Voraussetzung des Abholungsanspruches sein soll, und somit nur bestätigt, was der Entwurf I für den § 867 mit denselben Worten zum Ausdruck gebracht hatte.

---

[1]) Nach Biermann a. a. O. soll § 867, wenn eine Sache auf ein fremdes Grundstück, ohne aus der Gewalt zu gelangen, geraten ist, nur für eventuelle Schadensersatzansprüche des Grundstücksbesitzers in Betracht kommen; vergl. S. 50—60.

[2]) Planck Bd. III A 2a zu § 867.

[3]) so selbst Biermann A. 1b zu § 867.

Fassen wir nunmehr unsere Ausführungen zusammen, so ergibt sich als positive Voraussetzung des Abholungsanspruches die alleinige Tatsache, daß sich eine Sache auf einem fremden Grundstück befindet, während es ganz gleichgültig ist, ob der Besitz des Sachbesitzers daran fortdauert oder verloren ist. Dies ist auch herrschende Meinung.[1])

Zum Schlusse dieses Abschnittes sei noch darauf hingewiesen, daß § 867 nicht nur auf den Fall beschränkt ist, daß es sich um Grundstücke handelt. Im Wege der Analogie, der nichts entgegensteht, wird der Abholungsanspruch auch gegenüber dem Besitzer abgesonderter Räume — in erster Linie wird hier der Mieter in Betracht kommen—, dem Besitzer von Schiffen oder der im § 95 B. G. B. genannten Sachen 2c. zu gewähren sein. Ebenso ist er bei beweglichen Sachen denkbar, z. B. eine Sache gelangt auf einen Wagen. Diese Ausdehnung etwa mit Rücksicht auf den Wortlaut des § 867 ablehnen zu wollen, wäre unverständlich, da nicht einzusehen ist, welcher Unterschied für das Bedürfnis des Abholungsanspruches bestehen soll, wenn die Sache zufällig nicht auf ein Grundstück, sondern anders wohin gelangt — praktisch wird der Abholende ja in gleicher Weise vorgehen, um seine Sache wieder zu erlangen, mag sie auf ein Grundstück oder eine bewegliche Sache gelangt sein. In Wahrheit ist daher die Fassung des § 867 zu eng. Sein Sinn ist aber der, in allen Fällen, in denen Sachen auf fremdes Gebiet geangen, eine Schutzbestimmung für den Besitzer zu treffen.[2])

Der Beweis der positiven Voraussetzung liegt dem Sachbesitzer ob.

---

[1]) Planck Bd. III A. 2 a zu § 867, Crome Bd. III S. 239, Männer S. 150 A. 1, Turnau-Förster Bd. I A. 4 zu § 867, Gierke D. Pr. S. 254 A. 37, Endemann Bd. II, 1 § 35, Kreß S. 328 A. 872, Windscheid-Kipp S. 838, Cosack Bd. II S. 95 III, 1, Strohal S. 54, Klein S. 8, Dernburg S. 98.

[2]) so die übereinstimmende Literatur; vergl. Biermann A. 1a zu § 867, Planck Bd. III A. 7 zu § 867, Endemann S. 188 A. 19, Neumann Bd. II A. 6 zu § 867, Raape S. 51.

2. Die negative Voraussetzung.
„Sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen ist."

Der Abholungsanspruch ist nur solange gegeben, als die Sache nicht „inzwischen" in Besitz genommen ist, sei es vom Grundstücksbesitzer selbst oder von einem Dritten. Aus dem Wort „inzwischen" ergibt sich, daß zur Ausschließung des Anspruchs die Inbesitznahme liegen muß zwischen dem Augenblick, in dem die Sache auf das Grundstück gelangt ist, und dem Zeitpunkt, in dem die Geltendmachung des Anspruchs erfolgt. Auf beide Zeitpunkte ist in gleicher Weise Gewicht zu legen; dagegen ist es zu eng, wenn Planck[1]) „inzwischen" lediglich dahin auslegt, daß die Inbesitznahme vor der Geltendmachung erfolgt sein müsse. „Zwischen" weist stets auf zwei Zeitpunkte hin, innerhalb deren ein bestimmtes Ereignis liegen soll. Also nur, wenn die Inbesitznahme nach dem Gelangen und vor der Abholung erfolgt, ist die negative Voraussetzung gegeben.[2]) Fällt sie demnach mit dem Gelangen der Sache auf das Grundstück zusammen, so wird dadurch das Bestehen des Anspruchs nicht beeinflußt. Ebenso steht, wenn der Grundstücksbesitzer erst infolge des Vorgehens des Berechtigten Kenntnis von der Anwesenheit der Sache auf seinem Grundstück erhält und sie nun durch Verweigerung der Abholung in Besitz nehmen will, diese Inbesitznahme der weiteren Geltendmachung des Anspruches nicht entgegen.

Eine lebhafte Streitfrage hat sich nun an die Worte „in Besitz nehmen" geknüpft. Erkennt man nämlich an, daß eine Sache mit dem Gelangen auf das Grundstück bereits in den Besitz des Grundstücksbesitzers kommen kann, so muß in derartigen Fällen eine nochmalige „Inbesitznahme" überflüssig erscheinen. Infolgedessen will die eine Ansicht in der Literatur[3]) Besitzerwerb

---

[1]) Planck Bd. III A. 2b zu § 867.

[2]) ebenso Endemann Bd. II 1. S. 190 A. 26, Straßner S. 13, Klein S. 12, Biermann A. 1c zu § 867.

[3]) Planck Bd. III A. 2b zu § 867; Crome S. 239 A. 10; Fischer-Henle A. 5 zu § 867; Mende S. 21 ff.

und Inbesitznahme identifizieren; sie muß daher den Abholungsanspruch versagen, wenn ein Fall des Besitzerwerbs durch das bloße Gelangen auf das Grundstück vorliegt. Die andere überwiegende Ansicht[1]) dagegen behauptet, gerade mit Rücksicht auf die Möglichkeit eines derartigen Besitzerwerbs, daß „in Besitz nehmen" im § 867 im Gegensatz zu „Besitz erwerben", mit dem sich ein passives Verhalten des Grundstücksbesitzers vertrage, darüber hinaus stets ein aktives Vorgehen, eine „Handlung" des Erwerbers voraussetze. Hiernach steht also bereits eingetretener Besitzerwerb der Geltendmachung des Anspruches solange nicht entgegen, als nicht „inzwischen" ein Handeln des Besitzers hinzugetreten ist. Die Streitfrage ist also von wesentlicher Bedeutung. Es ist daher zuerst zu prüfen, wie sind solche Fälle möglich, in denen Besitz erlangt wird dadurch, daß eine Sache auf ein fremdes Grundstück gerät ohne Zutun des Grundstücksbesitzers?

Die herrschende Meinung[2]) hält einen solchen Besitzerwerb möglich ohne Willen und Wissen des Grundstücksbesitzers und läßt unter Umständen lediglich die Tatsache des Gelangens der Sache auf das Grundstück für den Besitzerwerb maßgebend sein.[3])

In erster Linie dürfte dieses Verlassen des römischen Standpunktes: kein Besitz ohne Besitzwillen, auf die unklare Stellungnahme der Motive und Protokolle zum B. G. B. zurückzuführen sein. In der Tat scheinen diese einen Besitzerwerb ohne Besitzwillen zu befürworten. Dafür spricht die Unterscheidung der ersten Kommission zwischen „Inhabung" als Besitz im Sinne

---

[1]) Biermann A 1c zu § 867; Gärtner S. 196; Rohde S. 86/7; Turnau-Förster A 5 zu § 867; Klein S. 10; Straßner S. 12; Raape S. 27 ff. Männer S. 150 A 5.

[2]) Biermann zu § 854; Strohal S. 71 ff.; Planck, Kober, Turnau-Förster, Neumann, Fischer-Henle zu § 854; Raape: Besitzerwerb ohne Besitzwillen, Gärtner S. 130, Mathias Bd. II S. 9 ff. usw.

[3]) Es liegt auf der Hand, daß man auf Grund dieser Annahme ganz besonders dazu neigen wird, bei derartig erlangtem Besitz noch einen äußeren Akt zum „Inbesitznehmen" zu erfordern.

der Verkehrsauffassung — die Frage, ob zur Inhabung ein Wille nötig sei, sollte unentschieden bleiben — und „Besitz" als juristischen Besitz. Auch die zweite Kommission, den Unterschied zwischen Inhabung und Besitz allerdings aufgebend, sah von der Aufstellung des Willenserfordernisses ab „mit Rücksicht darauf, daß ein Besitzerwerbswille in zahlreichen Fällen entbehrlich sei, in denen nach Lage der Sache die Herstellung der tatsächlichem Gewalt ohne einen darauf gerichteten Willen nicht möglich und für die Fälle bedenklich sei, in denen ein Erwerbswille desjenigen, der possessorischen Schutz erlangen müsse, nur mit Hilfe willkürlicher Ausnahmen und Fiktionen zu konstruieren sei.) Damit rechnen also die Protokolle anscheinend mit Fällen von Besitzerwerb ohne Besitzwillen, ohne selbst Klarheit darüber zu haben, wann und unter welchen Voraussetzungen ein solcher möglich sei. Eine ausdrückliche Leugnung des Besitzwillens als Erfordernisses des Besitzerwerbes hat ihnen aber vollständig fern gelegen. So heißt es deutlich an einer anderen Stelle: „Wenn die Mehrheit der Kommission sich entschieden habe, den Besitzwillen nicht zu erwähnen, so sei das nicht in der Absicht geschehen, den Besitzwillen vollständig zu negieren, sondern nur, weil die Erwähnung des Besitzwillens zu Mißverständnissen führen könnte",[2]) und weiter[3]) „aus dem Umstande, daß von dem Erfordernisse des Besitzwillens Abstand genommen worden sei, könne nicht gefolgert werden, daß hinsichtlich der Erwerbung des Besitzes lediglich das räumliche Verhältnis zur Sache entscheidend sein solle." Wenn der Gesetzgeber daher Abstand nahm, den Besitzwillen als Erwerbserfordernis ausdrücklich aufzustellen, so geschah dies, um nicht in einer ungeklärten Frage durch gesetzliche Regelung einzugreifen, wodurch die Streitfragen nicht erledigt, vielmehr nur neu belebt und verschärft worden wären. Die Kommission war sich bewußt, daß die Regel Besitz mit Besitzwillen sein würde, glaubte aber Ausnahmen von dieser Regel

[1]) Protokolle Bd. III S. 30.
[2]) Prot. Bd. III S. 33.
[3]) Prot. Bd. III S. 166.

zulassen zu müssen. Ein Prinzip für diese Ausnahmen aufzustellen oder gar die einzelnen hierher gehörigen Fälle aufzuzählen, unterließ man angesichts der juristischen Schwierigkeiten einer derartigen Konstruktion, wie denn überhaupt eine klare Vorstellung von diesem Besitzerwerb ohne Besitzwillen nicht vorhanden war. So blieb die Frage offen, der Wissenschaft und Praxis zur Klärung überlassen.[1])

Nun kann aber vom Standpunkt des B. G. B. wie von der richtigen Auffassung des Besitzes als eines von der Anschauung des Verkehrs getragenen Machtverhältnisses ein Besitz ohne Besitzwillen nicht anerkannt werden.

Man hat die Bestätigung dieser Meinung im § 867 selbst sehen wollen in seiner ausdrücklichen Bestimmung, daß für sein Anwendungsgebiet das bloße räumliche Verhältnis zur Sache zum Besitzerwerb nicht genügen soll,[2]) und hat geglaubt, den Paragraphen nur verstehen zu können bei der Annahme, der Wille gehöre zu den Voraussetzungen des Besitzes. Das dürfte allerdings nicht durchschlagend sein. Erkennt man einmal den Besitzerwerb ohne Willen an, so braucht § 867 durchaus nicht dagegen zu sprechen, wenn mit dem Gelangen der Sache auf das Grundstück das allein erforderliche corpus (im Sinne dieser Theorie) hergestellt und somit der Frage des Besitzerwerbs genügt ist; dieser Besitzerwerb genügte dann allerdings nicht zum Ausschluß des Abholungsanspruches, ausnahmsweise würde hier willentlicher Besitzerwerb verlangt. § 867 ist also nicht ausschlaggebend für die Frage des Besitzwillens, umgekehrt ist die Auffassung der Willensfrage bedeutungsvoll für seine Auslegung.[3])

Wenn nicht unmittelbar aus § 867, so geht aber doch aus den sonstigen Bestimmungen des B. G. B. das Erfordernis des Besitzwillens hervor. Freilich hat das B. G. B. die Aufstellung des Besitzwillens als eines selbständigen Erforder-

---

[1]) vergl. Kreß S. 124 c; Rohde S. 60, auch Raape S. 54.
[2]) vergl. Franck S. 15/6, Rohde S. 82, 3 ff.
[3]) Raape S. 48/9.

nisses des Besitzerwerbes fallen gelassen; sie erübrigte sich aber auch, da die von ihm sonst statuierten Voraussetzungen das Moment des Willens in sich schließen. Nach § 854 B. G. B. wird der Besitz erworben „durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt", also durch die Begründung eines Herrschaftsverhältnisses über die Sache. Eine Gewalt über eine Sache — schon das Wort Gewalt sagt es — besteht aber nur bei einer subjektiven Beziehung zu dem beherrschten Gegenstande, wenigstens will das B. G. B. Gewalt so verstanden haben, und nicht nur als die objektive Möglichkeit, auf die Sache in beliebiger Weise einzuwirken und andere von Einwirkungen auf sie auszuschließen. Denn es spricht von „erlangter" Gewalt. Erlangen aber schließt notwendig ein willkürliches Moment in sich. Es bezeichnet den Erfolg eines Begehrens (im Gegensatz zu „entstehen"), bedeutet, haben, was man wünschte oder wie man es ausgedrückt hat: „Man erlangt, wonach man langt".[1]) Anderenfalls liegt nur eine Möglichkeit vor, die tatsächliche Gewalt auszuüben. (§ 854 Abs. 2 B. G. B.). Daß tatsächliche Gewalt im Sinne des geltenden Rechts subjektiv aufzufassen ist, bestätigt auch § 856[2]) B. G. B. Wenn es hier heißt: „Der Besitz wird dadurch beendigt, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt aufgibt oder in anderer Weise verliert," so wäre es, falls tatsächliche Gewalt nur die objektive Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache bedeuten sollte, unlogisch oder zum mindesten unverständlich, zwischen „aufgeben" der Gewalt einerseits und dem sonstigen Verlieren andererseits zu unterscheiden. Zum „aufgeben" gehört unleugbar ein Wille, warum aber diese Hervorhebung, die doch vollständig überflüssig sein muß, wenn das tatsächliche Verlieren der Möglichkeit, auf die Sache einzuwirken, zum Besitzverlust genügen soll? Ein Zwiespalt wäre also unvermeidlich.

---

[1]) anders allerdings Entwurf I § 777: Der Besitz einer Sache wird erworben durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache in Verbindung mit dem Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben. Vergl. Prot. Bd. III S. 28/9.

[2]) Vergl. die ausführlichen Darlegungen zu § 856 bei R o h d e, S. 70—73.

Die Notwendigkeit eines Besitzerwerbes ohne Besitzwillen hat man auch aus dem Gedanken des Besitzesschutzes begründen[1]) wollen mit dem Hinweis, daß bei Erfordern des Besitzwillens zum Besitzerwerbe der Besitzesschutz versagt werden müßte, wenn die zu erwerbende Sache zwar in den Machtbereich des Erwerbers gelangt, hier aber wieder entfernt, z. B. gestohlen werde, ehe der Erwerber das bloße Raumverhältnis durch Fassung des Besitzwillens zum Besitz erhoben hätte. Auch das dürfte nicht durchschlagend sein. Affolter[2]) nimmt in derartigen Fällen gleichwohl Besitzerwerb an, indem er dem erst nach dem rein tatsächlichen Momente auftretenden Willen rückwirkende Kraft zuschreibt und somit die Besitzschutzbestimmungen hinsichtlich der verlorenen Sache für anwendbar erklärt. Ob mit Recht, mag dahingestellt bleiben. Besitzesschutz hinsichtlich der Sache selbst zu gewähren, ist aber gar nicht erforderlich. Gelangt eine Sache in den Machtbereich eines Anderen, gleich auf welche Weise, so tritt damit eine Veränderung des bisherigen Besitzstandes ein, insofern nämlich für den Besitzer die Lage begründet wird, über die Sache die Gewalt auszuüben (vergl. § 854 Abs. 2 B. G. B.). Zu dem Besitzstand tritt also eine neue räumliche Beziehung hinzu, mag diese gewollt sein oder nicht; sie bedeutet nicht Besitz an der Sache selbst, begründet aber die Anwartschaft auf den Besitzerwerb, da lediglich mit dem Hinzutreten des Besitzwillens aus dem bloßen Raumverhältnis ein Besitzverhältnis wird. Wird die räumliche Beziehung und damit die Anwartschaft auf den Besitzerwerb vor der Fassung des Besitzwillens durch Entziehung der Sache wieder aufgehoben, so liegt darin eine objektive Störung des Besitzstandes, gegen die der Besitzer

---

[1]) Vergl. Denkschrift S. 161: Einen auf die Erlangung gerichteten Willen verlangt der Entwurf nicht, denn es sind auch solche Fälle zu berücksichtigen, in denen eine Sache in den äußeren Machtbereich einer Person unter Umständen gelangt sei, unter welchen ein Erwerbswille nicht angenommen werden kann, gleichwohl aber das Bedürfnis des Besitzesschutzes vorliegt.

[2]) S. 13.

subjektiv mit der Klage aus § 862 B. G. B. reagieren kann auf Beseitigung der Störung, d. h. Wiederherstellung der Anwartschaft durch Rückschaffung der Sache in den äußeren Machtbereich.

Weiter wird man von einem Besitzerwerb ohne Besitzwillen immer nur in Einzelfällen sprechen können. Nach Planck[1]) soll die Verkehrsanschauung maßgebend sein. Es liegt auf der Hand, daß die Entscheidungen in den einzelnen Fällen sehr verschieden sein müssen, je nach der Anschauung des Richters, Volksgewohnheiten, Standesunterschieden ꝛc. Unbefriedigende Ergebnisse, „Willkürlichkeiten",[2]) sind die unausbleibliche Folge. Ein Prinzip für den Besitzerwerb ohne Besitzwillen scheint nicht möglich,[3]) der Versuch Raapes,[4]) Besitzerwerb eintreten zu lassen durch das Gelangen einer Sache in den Machtbereich des Erwerbers in Verbindung mit der Zuwendungsabsicht eines Dritten oder des Gesetzes ist vollständig unbefriedigend und allgemein abgelehnt.

Vielmehr muß nach wie vor gelten: kein Besitz ohne Besitzwillen. Es ist unmöglich, jemandem den Besitz aufdrängen zu wollen, der keinen haben will. Auch wird die Verkehrsanschauung nie den als Besitzer ansehen, der nicht Besitzer sein will. Die bloß räumlichen Beziehungen einer Person zu einer Sache, die häufig ein Werk des Zufalls sind, genügen nicht zur Anerkennung eines Machtverhältnisses, das im Verkehre als Besitz geachtet werden soll. Ein bloß räumliches Machtverhältnis wird erst dann als Besitz geachtet und anerkannt, wenn der Wille hinzutritt, dieses Machtverhältnis als Herrschaftsgebiet anzusehen. Diesem Willen gilt in Wahrheit die Achtung des Verkehrs.[5])

Hierzu kommt, daß es privatrechtlich unmöglich ist, daß jemand einem Anderen Verpflichtungen auferlegt unabhängig

---

[1]) Bd. III S. 32 A. 2 zu § 854; ebenso die meisten, vergl. Kober S. 18 A. 2 zu § 854; Biermann A. 2 zu § 854 usw.

[2]) Windscheid-Kipp S. 787.

[3]) ebenso Planck (siehe Note 1); Strohal S. 70, 74. Rohde S. 64; vergl. auch Kniep S. 96.

[4]) Besitzerwerb ohne Besitzwillen.

[5]) Kreß S. 133, 147 c.

von seinem Willen. Tatsächlich hat aber der Besitz ohne Besitzwillen solche ungewollten Verpflichtungen im Gefolge, schon hinsichtlich der Passivlegitimation für die Besitz- bezw. Eigentumsklagen. Als Besitzer muß der unglückliche Erwerber ferner die Sache, die er garnicht haben will, besonders aufbewahren, um nicht eventl. für den Schaden verantwortlich zu werden, der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde nicht von ihm herausgegeben werden kann, er muß nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft Nutzungen ziehen, um sich nicht dem Eigentümer schadensersatzpflichtig zu machen. Und das, weil vielleicht der Zufall die Sache ohne sein Zutun in sein äußeres Machtbereich geführt hat, ein Dritter vielleicht boshaft genug war, ihn zum Besitzer zu machen. Raape[1]) selbst ist sich dieser Konsequenzen seiner Ansicht bewußt, doch meint er, wird man „um des Guten willen auch das Böse auf sich nehmen müssen und der Einzelne muß sich über die Nachteile des ihm aufgedrängten Besitzes mit dem Gedanken trösten, daß er ein andermal nur die Vorteile empfinden wird". Ein schwacher Trost, der über das Bedenkliche nicht hinweg hilft, zumal auch ohne Annahme eines Besitzerwerbes ohne Willen das angeblich Gute dieser Theorie erreicht wird.

Der Weg, den die Literatur seit 1900 in überwiegendem Maße beschritten hat, ist daher nicht gangbar. Diese Anschauung scheint auch wieder durchzudringen, wenigstens hat die jüngste Spezialliteratur[2]) über den Besitz sich wieder für die alleinige Anerkennung eines willentlichen Besitzerwerbs entschieden.

Der Besitzwille selbst braucht nicht in jedem Falle konkret zu Tage treten, es genügt ein allgemeiner, im Voraus gefaßter Wille, um im Augenblicke der Herstellung des corpus Besitzerwerb

---

[1]) S. 87/8; vergl. die dortigen Beispiele, ferner die Beispiele bei Rohde S. 80 ff.

[2]) So Rohde a. a. O.; Kreß a. a. O.; Wendt: Besitz und Besitzwille 1907; von älteren Endemann § 34; Franck a. a. O.; Affolter a. a. O.; Gierke S. 226 ff.; Windscheid-Kipp S. 787 c.

eintreten zu lassen. Die besondere Kenntnis des einzelnen Falles ist nicht erforderlich, also auch unwissentlich kann Besitz erworben werden. Dagegen wird, wenn das corpus zwar hergestellt wird, ein Besitzwille aber nicht vorhanden ist, kein Besitz erworben. Hier muß der Erwerber den Besitzwillen erst fassen. Es wird also nicht Besitz erworben, wenn der Hund, den der bisherige Herr nach einem mehrere Wegstunden entfernt gelegenen Ort verkauft hat, heimlich nachts auf den alten Hof zurückläuft. Ich werde nicht Besitzer der fremden Bücher, die der Lehrling meines Buchbinders in meiner Abwesenheit bringt und in mein Bücherregal einstellt, nicht der fremden Papiere, die in meine Brieftasche geraten sind. Besitzer in allen diesen Fällen werde ich erst dann, wenn zu dem bloßen Raumverhältnis der Besitzwille hinzutritt[1]), erst damit wird das bloße Raumverhältnis zum Besitzverhältnis erhoben.

Auf Grund der so gewonnenen Auffassung des Besitzerwerbes läßt sich nun § 867 als eine Bestätigung des Willenserfordernisses ansehen. Seine Unterstellung, daß durch das bloße Gelangen der Sache auf das Grundstück niemals Besitz erworben wird, erscheint jetzt als selbstverständlich.

Damit verliert auch die Streitfrage, ob „in Besitz nehmen" gleich Besitzerwerben sei oder stets ein Handeln des Erwerbers voraussetze, an Bedeutung, da die Gefahr, der § 867 werde für die zahlreichen Fälle, in denen mit dem Gelangen der Sache auf das Grundstück allein Besitzerwerb eingetreten sei, außer Kraft gesetzt, beim Leugnen eines derartigen Besitzerwerbes nicht auftreten kann. Nun aber ergibt sich daraus, daß der Besitzwille im Voraus gefaßt werden kann, trotzdem die Möglichkeit, daß mit dem Gelangen auf das Grundstück Besitz erworben wird, dann nämlich, wenn der Grundstücksbesitzer in Bezug auf die Sache bereits den Besitzwillen hatte, z. B. eine Katze fängt sich in der aufgestellten Falle, der abgerichtete Hund schleppt Schwemmholz auf das Grundstück. (Strohal). Somit bleibt auch auf Grund der Annahme eines einheitlichen willentlichen Besitzerwerbes die Streitfrage bestehen, denn auch hier

ist es möglich, daß der Besitz bereits erworben ist, eine nochmalige „Inbesitznahme" nach dem Gelangen auf das Grundstück (inzwischen) also sinnlos erscheinen muß. Demnach erhebt sich auch hier die Frage, ist „in Besitz nehmen" gleich „Besitz erwerben" oder bedeutet es etwas Anderes?

Das erstere ist zu verneinen. „In Besitz nehmen" kann nicht mit „Besitz erwerben" auf eine Stufe gestellt werden, einmal mit Rücksicht auf die genaue Ausdrucksweise des B. G. B., dem man die wahllose Nebeneinanderstellung verschiedener Ausdrücke zur Bezeichnung desselben Tatbestandes (es finden sich nebeneinander „Besitz erwerben, in Besitz nehmen, Besitz erlangen, sich Besitz verschaffen, Besitz ergreifen, Besitz tatsächlich ergreifen"[1]) nicht zumuten kann, ferner auch mit Rücksicht darauf, daß der Ausdruck in Besitz nehmen in der Kommission den Vorzug erhalten hat vor der beantragten Fassung „es sei denn, daß er den Besitz der Sache erworben hat". Schon dem Gefühl nach verbindet sich ein verschiedener Sinn mit „Besitz erwerben" und „In Besitz nehmen" mit Besitz erwerben mehr der Begriff des Passiven.[2])

Nach der herrschenden Ansicht soll nun, wie hervorgehoben[3]), der Unterschied darin liegen, daß „in Besitz nehmen" stets eine Handlung des Erwerbers voraussetze, eine über die bloße Willenserklärung hinausgehende Willensbetätigung. Diese Willensbetätigung muß also hiernach, falls Besitz durch das Gelangen der Sache auf das Grundstück bereits erworben ist, dem Besitzerwerb noch nachfolgen, um den Abholungsanspruch auszuschließen. Daß „in Besitz nehmen" nur diese Bedeutung haben könne, will Raape[4]) aus § 984 beweisen. Hier könne eine bloße Erklärung des Besitzwillens zweifellos nicht ausreichen, vielmehr sei eine Handlung des Erwerbers erforderlich. Was für § 984 gelte, müsse aber auch von § 867 gelten, denn es hieße gering von

[1]) Vergl. im Einzelnen Planck Bd. III S. 273.
[2]) S. 26.
[3]) S. 26.
[4]) S. 28 ff.

der Sorgfalt des Gesetzgebers denken, wollte man annehmen, daß die Inbesitznahme im § 867 anders aufzufassen sei. Er kommt somit zu dem Ergebnis, daß der bloße Wille, eine Sache zu haben, möge er noch so unzweideutig geäußert sein, zum „in Besitz nehmen" nicht genüge. Nun wird sicherlich im Falle des § 867 der Regelfall die Betätigung des Besitzwillens sein, ev. schon um das corpus herzustellen. So wird der Grundstücksbesitzer den Besitz an einem auf seinem Hofe frei herumlaufenden fremden Hunde erst durch eine Handlung erwerben, durch Anlegen, Einsperren des Hundes oder sonstiges Unmöglichmachen des Entweichens, ebenso wird zum Besitzerwerb an einem fremden Papagei, der auf einem Baume des Grundstücks sitzt, nicht die Erklärung genügen, Besitzer des Papageis sein zu wollen. Überhaupt liegt es in der Natur der Sache, daß regelmäßig durch einen äußerlich sichtbaren Realakt die Besitzbeziehung zu dem fremden Gegenstand hergestellt werden wird. Aber ausnahmslos eine Handlung erfordern zu wollen, muß unter Umständen zum größten Formalismus führen. Man nehme nur an, der Hund wäre inzwischen von einem Dritten in einen Stall eingeschlossen, der Papagei durch das offene, inzwischen aber geschlossene Fenster in ein Zimmer gelangt. Wenn jetzt der Grundstücksbesitzer Kenntnis davon erhält und seinen Besitzwillen erklärt, sollte das nicht genügen? Ein weiteres Beispiel: Jemand fährt Steine und lenkt gegen meinen Gartenzaun, der zerbricht. Einige Steine fallen auf meinen gerade an der Bruchstelle befindlichen Steinhaufen. Ich nehme Notiz davon und verweigere die Abholung bis zum Ersatz des Schadens, ausdrücklich meinen Besitzwillen erklärend. Raape müßte nicht einmal hier Besitzerwerb annehmen. Oder jemand schlägt mit seinem Stock über die Gartenmauer nach Früchten eines nahestehenden Obstbaumes. Dabei fällt der Stock in den Garten. Der Gartenbesitzer erklärt, ich behalte den Stock. Wirklich kein Besitzerwerb? Die Berufung auf § 984 ist nicht maßgebend, einmal wegen des verschiedenen Tatbestandes, ferner auch, weil selbst hier eine Handlung nicht immer erforderlich erscheint, z. B. in einem alten Schrank wird

ein Geheimfach und darin ein Schatz entdeckt. Ich nehme Kenntnis davon, belasse den Schatz aber vorläufig an Ort und Stelle. Sollte der Schatz nicht in Besitz genommen sein? Es sind daher stets die Umstände des einzelnen Falles zu berücksichtigen. „Mit absoluten Formeln ist auf unserem Gebiete nicht auszukommen".[1]) Gegen das Erfordernis einer Handlung spricht auch wie unbestritten, daß der Anspruch auch dann noch gegeben ist, wenn der Grundstücksbesitzer bezw. der Dritte die Sache an sich genommen, hinterher aber wieder auf das Grundstück geworfen hat. Die Veränderung des durch das Gelangen der Sache auf das Grundstück geschaffenen Zustandes vermittels einer Handlung ist also für den Ausschluß des Anspruchs belanglos. Zudem muß es auffallend erscheinen, daß Raape unter den Fällen, in denen sich das B. G. B. des Ausdrucks „in Besitz nehmen" bedient, nur § 984 herausgreift und daran die Bemerkung knüpft, daß „in Besitz nehmen" vom Gesetz stets in gleichem Sinne als Handeln des Besitzerwerbers gebraucht werde. Eine Vergleichung der übrigen Fälle zeigt, daß die Handlung des Erwerbers nicht das Kriterium bildet. So vor allem § 561, nur starrer Formalismus kann hier stets ein Handeln verlangen.

Das Kriterium liegt vielmehr in dem Wissen des Erwerbers vom Erwerbe. Wenn im B. G. B. „in Besitz nehmen" gebraucht wird, so geschieht dies stets in der Bedeutung willentlich und wissentlich. Dies ist der Fall in § 984 ebenso wie in den §§ 561, 958, 1373, 1443, 2205. Überall ist hier die Inbesitznahme nicht denkbar ohne ein Wissen vom Erwerbe. Anders dagegen bei „Besitz erwerben", wo dies nicht der Fall sein braucht, wie z. B. die §§ 990, 1007 Abs. 3 zeigen.

Auch im § 867 kann daher „in Besitz nehmen" nur bedeuten, daß der Grundstücksbesitzer um den Besitzerwerb wissen muß. Dies braucht von vornherein ja nicht der Fall zu sein[2]). Erkennt man an, daß der Besitzwille nicht konkret zu sein braucht, sondern allgemein im Voraus gefaßt werden kann, so kann mit dem

[1]) Strohal S. 70.

[2]) Vergl. S. 32.

Gelangen der Sache auf das Grundstück in Verbindung mit dem bereits in Beziehung auf die Sache vorhandenen Besitzwillen Besitz an der Sache erworben werden, ohne daß der Erwerber im Augenblick des Erwerbes Kenntnis davon zu haben braucht.

Hier wird nun die Streitfrage praktisch. Weiß der Erwerber nichts von dem Erwerbe, so genügt dieser ohne sein Wissen erfolgte Besitzerwerb noch nicht zum Ausschlusse des Anspruchs. Erst dann ist er hinfällig, wenn hinterher der Erwerber Kenntnis von dem Erwerbe erlangt und den Besitz nunmehr aufrecht erhält; allerdings muß dann die Kenntnisnahme nach ausdrücklicher Bestimmung des § 867 vor der Geltendmachung des Anspruchs erfolgt sein.[1]) Ob der Grundstücksbesitzer die Aufrechterhaltung des gewonnenen Besitzes äußerlich durch eine Handlung zum Ausdruck bringt oder nur durch eine (auch stillschweigende) Erklärung, ist gleichgültig. Nach der hier gegebenen Auslegung des „in Besitz nehmen" ermöglicht es sich, auch ohne daß man für die Inbesitznahme eine Handlung verlangt, „Besitz erwerben" und in Besitz nehmen" derart zu vereinen, daß die bereits im Besitz befindliche Sache noch in Besitz genommen werden kann, ohne daß dies „als Unding[2]) erscheint. Daß es sich im § 867 nur um wissentlichen Besitzerwerb handeln kann, ergibt sich auch aus ihm selbst, indem im Satz 3 bestimmt ist, daß der Grundstücksbesitzer, wenn die Entstehung eines Schadens zu besorgen ist, Sicherheitsleistung verlangen kann. Um dies wissen zu können, muß er überhaupt erst wissen, daß eine fremde Sache sich auf seinem Grundstücke und ev. in seinem Besitze befindet.

Eine Frage bleibt noch zu beantworten: Sind die Fälle, in denen mit dem Gelangen der Sache auf das Grundstück kraft vorausgefaßten Besitzwillens Besitzerwerb eingetreten ist, überhaupt nicht von dem Anwendungsgebiet des § 867 ausgenommen? Rohde[3]) behauptet dies, weil die Voraussetzung des Anspruchs lediglich die Tatsache des Gelangens der Sache

[1]) Vergl. S. 25.
[2]) so Rohde S. 86.
[3]) Rohde S. 86 ff.

aus der Gewalt des Besitzers sei und somit der Fall nicht betroffen würde, in dem die Sache mit dem Besitzwillen des Grundstücks auf dessen Grundstück gelangt sei. Dabei übersieht er aber, daß das „Gelangen" der Sache auf das Grundstück in derartigen Fällen nicht auf dem Willen des Grundstücksbesitzers beruht, sondern nur der damit eingetretene rechtliche Erfolg, der Besitzerwerb. Das Gelangen fremder Sachen auf sein Grundstück wird ihm häufig sogar, selbst wenn er den Besitzwillen in Bezug auf die Sache hat, garnicht erwünscht sein, z. B. wenn er Katzenfallen aufstellt. Für den § 867 kommt es aber nur darauf an, daß die Tatsache des Gelangens selbst nicht auf dem Willen des Grundstücksbesitzers beruht; ist dies nicht der Fall, so ist der Anspruch daher auch gegeben, wenn Besitzerwerb des Grundstücksbesitzers kraft vorausgefaßten Besitzwillens eingetreten ist.

Der Grund, daß bei bereits eingetretenem Besitzerwerb die §§ 986 und 1007 B. G. B. gegeben seien, somit ein Bedürfnis für die Gewährung des § 867 nicht vorliege,[1]) ist, lediglich vom Standpunkte des B. G. B. aus betrachtet, nicht stichhaltig. § 986 schützt nur den Eigentümer, § 1007 nur den gutgläubigen früheren Besitzer. Der Schutz des § 867 dagegen kommt jedem Besitzer ohne Rücksicht auf seine Bös- oder Gutgläubigkeit zu gleich den Ansprüchen aus §§ 859, 861 und 862. Wenn das B. G. B. einmal den Schutz auch des durch verbotene Eigenmacht erlangten Besitzes in diesen Bestimmungen anerkennt, so ist nicht einzusehen, warum nicht auch der bösgläubige Besitzer die Abholung der auf ein fremdes Grundstück gelangten Sache verlangen können soll. Daß dies häufig im Interesse des früheren Besitzers geboten ist, kann nicht zweifelhaft sein mit Rücksicht auf dessen Besitzansprüche, (vergl. auch §§ 861/2, Abs. 2, 864 Abs. 2). Weiter steht der Schutz des § 1007 niemals dem mittelbaren Besitzer zu, da, wenn er die Sache dem unmittelbaren Besitzer überläßt, von einem „Abhandenkommen" ihm gegenüber keine Rede sein kann. Der Abholungsanspruch dagegen steht unter Umständen

[1]) Rohde a. a. O.

auch dem mittelbaren Besitzer zu.[1]) Ganz abgesehen davon ist aber auch nicht einzusehen, warum nicht § 867, der vor den §§ 936 1007 die Möglichkeit schneller und einfacher Erledigung wegen der Unzulässigkeit petitorischer Einwendungen bietet, nicht auch neben diesen Paragraphen bestehen soll. Die baldmöglichste Erledigung strebt ja gerade § 867 an, da es sich in der Regel um „kleine Besitzverschiebungen"[2]) handelt und deren schnellste Erledigung vom Standpunkte des Verkehrs geboten ist. Außerdem ist auch zu bedenken, daß, wenn der Grundstücksbesitzer kraft vorausgefaßten Besitzwillens Besitz erworben hat, es höchst unbillig erscheinen muß, daß dem Sachbesitzer durch seine verbotene Eigenmacht ein rechtliches Mittel zur Wiedererlangung der Sache weniger zustehen soll, gerade das Gegenteil ist angebracht.

Der Schutz des bisherigen Besitzers im Falle der inzwischen erfolgten Inbesitznahme.

Hierüber sagt die Denkschrift:[3]) „Es tritt dann dem früheren Besitzer der Sache ein gegenwärtiger Besitzer gegenüber, der den Besitz ohne verbotene Eigenmacht erworben und deshalb dem früheren Besitzer nur nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze vermöge eines diesem etwa zustehenden Rechtes an der Sache zu weichen hat." Das kann aber, wenn man sich nicht dahin entscheidet, immer Besitzverlust beim Gelangen der Sache auf ein fremdes Grundstück anzunehmen, nur dann richtig sein, wenn tatsächlich ein solcher Fall vorliegt; nur dann ist eine Entziehung des Besitzes gemäß § 858 B. G. B. nicht mehr möglich. Die Entscheidung der Frage, welche Bestimmungen im einzelnen im Falle der Inbesitznahme eingreifen, hängt also stets davon ab, ob der Besitz des Sachbesitzers noch fortdauert oder verloren ist. Ist er verloren, so kommen possessorische Klagen nicht mehr in Betracht, vielmehr muß aus dem Recht zum Besitz (§§ 985, 1065, 1227), oder aus § 1007 geklagt werden. Dauert er dagegen noch fort, so stellt sich die Inbesitznahme als verbotene Eigenmacht

---

[1]) Näheres siehe S. 50 ff.

[2]) Klein S. 12.

[3]) S. 168.

dar und die Klage aus § 861 ist begründet.[1]) § 862 kommt nicht in Frage,[1]) die Inbesitznahme ist Entziehung, nicht Störung des Besitzes. Ebenfalls ist § 859 ohne weiteres nicht anwendbar. Um Selbsthilfe üben, d. h. gemäß § 859 Abs. 2 die Sache mit Gewalt wieder dem Entziehenden abnehmen zu können, müßte der Sachbesitzer das fremde Grundstück betreten. Damit würde er sich aber selbst verbotener Eigenmacht (§ 862) schuldig machen, deren sich dann der Grundstücksbesitzer mit Gewalt erwehren könnte, es sei denn, daß man den im § 867 gewährten Anspruch als Selbsthilfebestimmung, das Betreten des Grundstücks daher nicht als verbotene Eigenmacht auffaßt. Je nach der Auffassung des § 867 wird daher die Frage, ob auch der Selbstschutz des § 859 dem Sachbesitzer zusteht, verschieden beantwortet werden müssen. (Vergl. S. 41). Ist das Betreten des Grundstückes gestattet, so steht dem § 859 selbstverständlich nichts entgegen.

Der Beweis der negativen Voraussetzung liegt dem Grundstücksbesitzer ob.

§ 3.

Der Inhalt des Abholungsanspruches.

Neben den Voraussetzungen enthält der erste Satz des § 867 zugleich den Inhalt des Abholungsanspruches: Der Besitzer des Grundstückes „hat die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache zu gestatten".

Die Bedeutung des hier gewährten Rechtes ist zweifelhaft. Aufsuchung und Wegschaffung allerdings bereiten keine Schwierigkeiten; es sind darunter alle Handlungen zu verstehen, die erforderlich sind, um die Vollherrschaft des Sachbesitzers wieder herzustellen, in erster Linie also das Betreten des Grundstücks, unter Umständen aber auch des Ersteigen von Bäumen oder

---

[1]) ebenso Kober A. 2a zu § 867, Fischer-Henle A. 5 zu § 867, Endemann S. 190 A. 29, Crome S. 239 A. 12.

a. A: Biermann A. 3 zu § 867, Turnau-Förster A. 5, Neumann A. 2 zu § 867, Klein S. 12, Peters S. 25, Straßner S. 14.

Dächern, auch ein Ausgraben muß sich der Grundstücksbesitzer, wie schon im römischen Recht[1]) ev. gefallen lassen.

Erhebliche Zweifel dagegen knüpfen sich an die Auslegung der Worte „hat zu gestatten". Bedeutet „gestatten", daß der Abholende vor der Aufsuchung und Wegnahme stets erst den Grundstücksbesitzer um Erlaubnis fragen muß, oder kann dieser, da der Grundstücksbesitzer gestatten *muß*, ohne weiteres das Grundstück betreten und die Aufsuchung bewerkstelligen? In diesem Fall würde das in § 867 gewährte Recht als ein außerordentliches Selbsthilferecht des Besitzers aufzufassen sein.

Die Frage ist insbesondere dafür wichtig, ob das Betreten des Grundstückes verbotene Eigenmacht im Sinne des § 858 ist oder nicht. Davon hängt dann die Anwendbarkeit des § 859 im Fall der Inbesitznahme der Sache ab. Ist das Betreten des Grundstückes von der Erlaubnis des Grundstücksbesitzers abhängig, so liegt in dem ohne dessen Willen erfolgten Betreten des Grundstücks eine Besitzstörung des Grundstücks im Sinne des § 862 B. G. B.; der Grundstücksbesitzer könnte sich also mit Gewalt des Betretens erwehren und damit jedes eigenmächtige Vorgehen zur Wiedererlangung der Sache verhindern. Kann der Sachbesitzer dagegen ohne weiteres das Grundstück betreten, so gelangt er ohne verbotene Eigenmacht darauf, und der Grundstücksbesitzer hat den Schutz des § 859 nicht. Weigert er sich jetzt, die Aufsuchung zu gewähren und liegt ein Fall vor, in dem der Besitz an der Sache noch nicht verloren war, so kann sich der Sachbesitzer mit Gewalt auf Grund des § 859 wieder in den Vollbesitz der Sache bringen. Weiter hat die Streitfrage, worauf *Dernburg*[2]) hinweist, auch für das Strafrecht insofern Bedeutung, als bei Annahme des Selbsthilfecharakters des § 867 das Betreten des Grundstückes zwecks Aufsuchung der Sache nicht „unbefugt", eine dabei begangene Sachbeschädigung also nicht rechtswidrig ist.

---

[1]) l. 15 ad. exh. 10, 4: non esse autem iniquum, ... ne vim facias mihi, quominus eum thesaurum *effodiam*, tollam, exportem.

[2]) S. 98 A. 7.

Für ein derartiges Selbsthilfeverfolgungsrecht haben sich in der Literatur zahlreiche Anhänger gefunden.[1]) Sie berufen sich teils auf die Motive[2]), die sich allerdings für ein Verfolgungsrecht auszusprechen scheinen. („Es würde zu der größten Unbilligkeit führen, wenn die tatsächliche Gewalt über das Grundstück dazu benutzt werden könnte, um die fernere Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die auf das Grundstück gelangte fremde Sache zu vereiteln. Der Entwurf stellt aus diesem Grunde den Satz auf, daß der bisherige Inhaber der beweglichen Sache derselben auf fremdes Gebiet folgen darf.), teils auf praktische Gesichtspunkte (Biermann, Endemann, Crome, Dernburg a. a. O.), indem sie darauf hinweisen, daß die jedesmalige Einholung der Erlaubnis geradezu zu lächerlichen Konsequenzen führen müsse, eine derartige steife Auslegung des Paragraphen auch der Verkehrsanschauung widerspreche. Man nehme nur an, schreibt Biermann, daß das offene Grundstück, auf welches mein Hut, vielleicht wenige Schritte vom Wege entfernt, getrieben worden ist, dem Fiskus gehört. Ehe ich auch nur die zur Gestattung kompetente Behörde ermittelt habe, können Wochen vergehen, und wenn die Gestattung endlich eintrifft, ist mein Hut sicherlich längst verfault oder von einem Dritten, der das Glück hat, den § 867 nicht zu kennen, entwendet. Derartige Fälle erledigen sich aber, wie im Laufe des Abschnitts darzulegen sein wird, in glatter und auch der Verkehrsanschauung durchaus entsprechender Weise auf anderem Wege. Dagegen müssen gerade praktische Gesichtspunkte gegen die hier vertretene Ansicht geltend gemacht werden. Zu welchen Konsequenzen soll es führen, wenn der Sachbesitzer selbst wider den Willen des Grundstücksbesitzers betreten dürfen soll.? Es wäre dann z. B. für den, der ein bestimmtes Grundstück aus irgend einem Grunde, z. B. um gewisse Anlagen kennen zu lernen, in Augenschein nehmen möchte, aber

---

[1]) Biermann A. 2 und 1 b zu 867; Endemann Bd. II, 1 S. 189 A. 24; Bunsen S. 74; Crome Bd. III S. 239, 3 und A. 16; Kniep S. 476 ff, Dernburg S. 98,2.

[2]) Bd. III S. 298.

den Widerstand des Grundstücksbesitzers kennt, ein leichtes, seinen Zweck dadurch zu erreichen, daß er unbemerkt eine Sache auf das Grundstück gelangen läßt und nun zum Zweck der Abholung der Sache das Grundstück betritt. Dann müßte sich der Grundstücksbesitzer auch gefallen lassen, daß jemand den Weg zu seinem Grundstück einfach über den Zaun oder die Mauer nimmt! Diesen Sinn kann § 867 unmöglich haben. Es heißt auch dem Ausdruck „gestatten" Gewalt antun, ihn gleich „nicht hindern" zu setzen, wie Knieps[1]) unter Berufung auf die Autorität Windscheids und die Gewohnheit, die Befugnis in den Vordergrund zu stellen, es tun will. „Gestatten" im allgemeinen Sprachgebrauch setzt eine zuvorige Anfrage, auf die reagiert wird, oder wenigstens das Wissen des Einverständnisses des anderen Beteiligten voraus. Daß „Gestatten" im Sinne des § 867 auch nur diese Bedeutung haben kann, erhellt aus Satz 3 selbst. Die Bestimmung, daß der Grundstücksbesitzer, wenn die Entstehung eines Schadens zu besorgen ist, die Gestattung bis zu erfolgter Sicherheitsleistung verweigern kann, hätte dann keinen Sinn, wenn nicht eine vorherige Anfrage bei diesem gewollt wäre. Denn wie soll der Grundstücksbesitzer sonst in die Lage kommen, beurteilen zu können, ob ihm ein Schade droht? Wer würde sich, wenn ein selbständiges Verfolgungsrecht bestände, gerade im Fall drohenden Schadens vorher an den Grundstücksbesitzer um Erlaubnis der Aufsuchung wenden, mit deren Verweigerung er in diesem Falle rechnen müßte? Eine Anfrage ist zum mindesten stets dann erforderlich, wenn das Einverständnis des Grundstücksbesitzers nicht sicher erscheint, sie ergibt sich zudem, wenigstens bei geschlossenen Grundstücken, auf Grund der Verkehrsanschauung regelmäßig von selbst. Prinzipiell ist daher eine zuvorige Anfrage beim Grundstücksbesitzer erforderlich.

[1]) S. 477; das von ihm angeführte Beispiel eines Mietvertrages mit der Klausel „der Vermieter hat zu gestatten, daß die Kinder des Mieters im Garten spielen" besagt für § 867 nichts; hier handelt es sich nicht um eine vertragsmäßige Abrede von verkehrsgemäß selbstverständlichem Inhalt; ähnlich Endemann S. 190 A. 24.

Das Gesetz bietet Handhaben genug, um unerträgliche Konsequenzen zu vermeiden. In erster Linie ist hier § 904 B. G. B. zu nennen. Zwar spricht § 904 nur vom Eigentümer, indeß ist die Beschränkung, da sie die Sache selbst ergreift, unbedenklich auch für den bloßen Besitzer anzunehmen.[1]) Danach ist der Grundstücksbesitzer also nicht berechtigt, das Betreten des Grundstücks zwecks Aufsuchung der Sache zu verbieten, wenn die Aufsuchung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Aufsuchung dem Grundstücksbesitzer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist. Der Grundstücksbesitzer „darf nicht verbieten": hier besteht im Gegensatz zu § 867 (positiv „gestatten") ein Selbsthilferecht, da § 904 stets zugleich in dem Erfordern der Gegenwärtigkeit der Gefahr die Voraussetzungen des § 229 in sich schließt. Zweifellos sind bei dem Tatbestande des § 867 in vielen Fällen zugleich die Voraussetzungen des § 904 gegeben. So fällt das Biermann'sche Beispiel (S. 69/70) darunter: Eine gegenwärtige Gefahr liegt vor, denn der Verlust des Hutes ist sicher, wenn erst die umständliche Erlaubnis eingeholt werden soll, zu diesem Verluste steht weiter der Schaden, der dem Grundstücksbesitzer durch das Betreten des Grundstückes entstehen kann (voraussichtlich wird ihm dadurch überhaupt kein Schade zugefügt) in gar keinem Verhältnis. Ebenso erledigt sich nach § 904 das Endemann'sche[2]) Beispiel: Beim Herausziehen des Taschentuches ist der Hausschlüssel in einen fremden Garten geschleudert, ohne ihn müßte A. die Winternacht im Freien zubringen. Eine gegenwärtige Gefahr wird sich besonders bei offenen Grundstücken ergeben wegen der Entfernung des Grundstücksbesitzers. Ist § 904 nicht anwendbar, weil der durch die Aufsuchung für den Grundstücksbesitzer zu besorgende Schaden größer ist als der dem Sachbesitzer drohende (durch Verlust oder Verschlechterung der Sache), so kann sich gleich-

[1]) so die übereinstimmende Meinung; vergl. Prot. Bd. VI S. 216.
[2]) S. 189 A. 24 unten.

wohl eine Anfrage beim Grundstücksbesitzer erübrigen, wenn zugleich die Voraussetzungen des § 229 B. G. B. gegeben sind, obrigkeitliche Hilfe also nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr der Vereitelung oder doch wesentlichen Erschwerung der Abholung besteht, so z. B., wenn der entflogene wertvolle Papagei sich auf ein Blumenbeet im Garten des Grundstücksbesitzers niedergesetzt hat. Sind §§ 904 229 anwendbar, so ist natürlich das Betreten des Grundstückes ohne weiteres und selbst gegen ein ausdrückliches Verbot des Grundstücksbesitzers möglich, ohne verbotene Eigenmacht darzustellen.

Allerdings bleiben auch trotz §§ 904, 229 zahlreiche Fälle übrig, in denen, trotzdem irgend eine ein selbstständiges Vorgehen rechtfertigende Gefahr für die Sache nicht vorhanden ist, die zuvorige Anfrage beim Grundstücksbesitzer höchst formalistisch und dem Grundstücksbesitzer selbst vielleicht unverständlich erscheinen würde. Wenn das Anwendungsgebiet des § 867 so eng wäre, wie Straßner[1]) es annimmt, der behauptet, daß die für § 904 erforderliche gegenwärtige Gefahr immer vorliege, wenn der Abholungsanspruch geltend gemacht werden könne, und daher als einzigen Fall, in dem sich die Tatbestände der §§ 867 und 904 nicht vollkommen decken, den anerkennt, in dem der aus der Aufsuchung drohende Schaden den Schaden des Sachbesitzers übersteigt, so wäre, zumal bei Berücksichtigung des § 229, nicht ersichtlich, warum der § 867 überhaupt geschaffen ist. Peters[2]) sieht die Voraussetzungen des § 904 immer gegeben bei unbefriedeten Grundstücken. Auch das trifft nicht unbedingt zu, man nehme z. B. an, der Knecht fährt versehentlich den Pflug, der nachts auf dem Felde bleiben soll, auf ein benachbartes fremdes Ackerstück — welche Gefahr soll hier vorliegen? Überhaupt entspricht es nicht dem Gedanken des Gesetzes, den Spielraum der Selbsthilfebestimmungen möglichst weit auszudehnen, im Gegenteil sollen diese nur für Ausnahmefälle in Wirkung treten.

---

[1]) S. 22, 25.

[2]) S. 23, ähnlich Klein S. 19.

In wieweit ist nun, abgesehen von den §§ 904/229, im Interesse einer vernünftigen, unformalistischen Erledigung des Abholungsanspruches, der doch in erster Linie dem Sachbesitzer zu Gute kommen soll, von dem Erfordernis vorheriger Anfrage abzusehen?

Nach Dernburg[1]) ist eine besondere Verstattung des Grundstücksbesitzers dann einzuholen, wenn es sich um ein befriedetes Grundstück handelt, auf welchem der Grundstücksbesitzer zu finden ist. Warum aber nicht auch auf einem unbefriedeten Grundstück, auf dem der Besitzer zu finden ist?

Kober[2]) erachtet ein vorheriges Angehen des Grundstücksbesitzers für überflüssig, wenn dieses mit unverhältnismäßigen Weitläufigkeiten verbunden wäre, z. B. wegen großer Entfernung von dessen Wohnung.

Ähnlich Kuhlenbeck[3]), der außer diesen unverhältnismäßigen Weitläufigkeiten noch fordert, daß eine stillschweigende Genehmigung des Grundstücksbesitzers anzunehmen ist.

Klarer (denn wie weit soll „unverhältnismäßige Weitläufigkeiten" gefaßt werden) und mehr dem Wortlaut des § 867 (gestatten) angepaßt, auch umfassender, wird man sagen dürfen, eine vorherige Anfrage ist stets dann überflüssig, wenn aus den Umständen des einzelnen Falles zu entnehmen ist, daß der Grundstücksbesitzer mit dem eigenmächtigen Vorgehen einverstanden sein würde[4]). Und zwar läßt sich der Maßstab dafür, ob dies Einverständnis vorhanden ist, aus § 226 B. G. B. entnehmen, der die Ausübung eines Rechtes verbietet, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen. Chikanös darf also die Weigerung des Grundstücksbesitzers niemals erscheinen. Somit ist z. B. das Einverständnis stets vorauszusetzen, wenn die

---

[1]) S. 98 A. 3.
[2]) Kober zu § 867 A. 4 c.
[3]) Kuhlenbeck zu § 867.
[4]) ähnlich Cosack S. 95, V.

Sache auf einen offenen Weg gefallen ist.[1]) Ferner stets bei offenen Grundstücken, wenn durch das Betreten gar kein Schaden entstehen wird und der Grundstücksbesitzer nicht anwesend ist.[2]) Ist er anwesend, so muß er vorher um Erlaubnis gefragt werden, denn kraft seines Besitzes an dem Grundstück kann er eine derartige Respektierung seiner Herrschaftsstellung nach Verkehrsgrundsätzen verlangen. Aus demselben Grunde wird das Einverständnis *ohne weiteres* bei geschlossenen Grundstücken niemals vorauszusetzen sein; kein Grundstücksbesitzer wird es sich gefallen lassen, daß fremde Personen unbekümmert um ihn auf seinem Gehöft oder in seinem Garten umherlaufen und umhersuchen. Zum mindesten ist hier zu verlangen, daß wenigstens der Versuch gemacht wird, die Erlaubnis des Grundstücksbesitzers zu erhalten. Wird der Grundstücksbesitzer oder sein Vertreter nicht zu Hause angetroffen, so ist nunmehr nach den besonderen Umständen[3]), vor allem der Lage der Sache zu prüfen, ob das Einverständnis des Grundstücksbesitzers vorausgesetzt werden kann unter Berücksichtigung des § 226. Dies wird z. B. nicht der Fall sein, wenn die Sache in das Haus gelangt ist; hier kann der Sachbesitzer nicht eigenmächtig eindringen, vor allem bei verschlossener Tür, nicht etwa durch das Fenster seinen Weg nehmen. In allen diesen Fällen läßt sich andererseits ein Einverständnis aus guter Bekanntschaft mit dem Grundstücksbesitzer unter Umständen annehmen, selbst wenn durch die Aufsuchung die Besorgung erheblichen Schadens begründet wird, in einem Fall also, indem *regelmäßig* bei geschlossenen wie offenen Grundstücken das Einverständnis des Grundstücksbesitzers nur nach vorheriger Anfrage vorauszusetzen ist. Es ergibt sich somit, daß eine absolute Formel, wann in jedem Fall eine Anfrage überflüssig

---

[1]) zu Unrecht beschränken *Turnau-Förster* in 867 A. 4 die Annahme des Einverständnisses auf diesen Fall.

[2]) so auch *Gierke* S. 254 A. 37, allerdings wie *Turnau-Förster* in Note 1.

[3]) nicht ohne weiteres, wie *Enneccerus-Lehmann* Bd. II S. 84/88 behaupten.

ist, nicht aufgestellt werden kann. Es kommt stets auf die Umstände des einzelnen Falles an; auf dem hier vorgeschlagenen Wege unter Heranziehung des § 226 läßt sich dann eine beiden Teilen gleich gerechte und einfache Regelung herbeiführen.

Verweigert der Grundstücksbesitzer die Gestattung, so muß auf Gestattung der Aufsuchung und Wegnahme der Sache geklagt werden[1]); die Vollstreckung des Urteils richtet sich nach § 890 C. P. O. Die Gefahr, daß die Sache inzwischen verderben könne, wird durch Erwirkung einer einstweiligen Verfügung zu vermeiden sein; unter Umständen, falls die Verzögerung bis dahin zu groß wird, können sich dann auch die Voraussetzungen des § 229 bezw. § 904 ergeben; außerdem bleibt, falls die Weigerung des Grundstücksbesitzers sich als unberechtigt herausstellt, der Schadensersatzanspruch des Sachbesitzers. Der Einwand[2]) der Gefahr des Verderbens der Sache kann also nicht gegen die Auffassung des Anspruches als eines im Wege der Klage geltend zu machenden Rechtes erhoben werden. Daß § 867 ein solches Recht und nicht ein Selbsthilferecht darstellt, zeigt auch eine Gegenüberstellung der §§ 867 962. In § 962 heißt es ausdrücklich: „Der Eigentümer des Bienenschwarmes darf bei der Verfolgung fremde Grundstücke betreten". Daß hier ein Selbsthilferecht gewährt ist, kann keinem Zweifel unterliegen. Bestände § 962 nicht, so würde das hier gewährte eigenmächtige Betretungsrecht sich auch aus § 904 ergeben; der Verfolger eines Bienenschwarmes hat keine Zeit mit dem Nachsuchen der Gestattung des Grundstücksbesitzers zu verlieren, will er nicht riskieren, daß die Bienen inzwischen weiter fliegen. Ein weiteres Argument zugunsten der hier vertretenen Ansicht — Planck[3]) weist darauf hin, — enthält das B. G. B. im § 1005, dem Abholungsanspruche des Eigentümers. Hier ist von dem im § 867 gewährten „An-

[1]) ebenso Planck zu § 867 A. 2; Gierke S. 254 A. 37; Cosack Bd. II S. 95; Strohal S. 55; Bekker S. 19; Kreß S. 328 A. 872; Turnau-Förster zu § 867 A. 1. Klein S. 19.

[2]) erhoben von Crome Bd. III S. 238, 9 und Dernburg S. 98.

[3]) Zu 867 A. 2.

spruch" die Rede. Also um einen Anspruch handelt es sich im § 867. Das Wesen des Anspruchs besteht aber gerade in der Klagbarkeit[1]) im Gegensatz zum Selbsthilferecht, bei dem der Prozeßweg vermieden wird.

In der Literatur ist noch die Frage aufgeworfen und bejaht[2]) worden, ob der Grundstücksbesitzer, trotzdem er die Aufsuchung und Wegnahme gestatten muß, diese dennoch rechtmäßig aus wichtigen Gründen verweigern dürfe, z. B. wenn er durch die Aufsuchung Entdeckung seiner Fabrikationsgeheimnisse befürchte oder weil das Betreten des Grundstücks mit Gefahr für den Betretenden verbunden sei. Ein solches Recht kann sich aber aus § 867 nicht rechtfertigen, höchstens aus § 904, wenn der ihm durch die Aufsuchung drohende Schaden unverhältnismäßig größer ist als der dem Sachbesitzer drohende. Regelmäßig wird ein Bedürfnis für ein derartiges Verweigerungsrecht garnicht vorhanden sein, da der Grundstücksbesitzer, falls er ein Interesse daran hat, den Sachbesitzer nicht auf das Grundstück zu lassen, den Abholungsanspruch abschneiden kann, indem er selbst die Sache aufsucht und sie dem Sachbesitzer zurückgibt. In der Regel wird dieser damit einverstanden sein, froh, eigener Bemühungen zur Wiedererlangung der Sache enthoben zu sein. Ein Verweigerungsrecht des Grundstücksbesitzers und die eigenhändige Zurückgabe kann sich unter Umständen auch aus § 226 rechtfertigen, dann nämlich, wenn der Sachbesitzer kein besonderes Interesse hat, die Sache selbst abzuholen, der Grundstücksbesitzer dagegen ein Interesse, den Sachbesitzer nicht auf das Grundstück zu lassen. Zwar hat der Sachbesitzer an sich stets das Recht,[3]) die Sache eigenhändig aufzusuchen, dies folgt aus der Gegenüberstellung des § 867 mit

---

[1]) Crome S. 239, 3. faßt den im § 867 gewährten Anspruch allgemein dahin auf, daß der Abholende überhaupt nicht auf Duldung klagen müsse, der Anspruch vielmehr auch ohne Anrufen des Gerichts bestehe. Ein derartiger Anspruch wäre zweck- und wertlos.

[2]) Bekker S. 21; Kober zu § 867 A. 2c; Kuhlenbeck zu 867.

[3]) a. A. Planck zu 867 A. 4; Schroeder S. 39.

§ 861, wo nur „Wiedereinräumung" der Sache verlangt werden kann. Die Ausübung dieses Rechtes aber muß dann chikanös erscheinen, wenn sie dem Sachbesitzer absolut keinen Vorteil, dem Grundstücksbesitzer dagegen große Nachteile bringen würde; denn wenn auch § 867 im Interesse des Sachbesitzers eingeführt ist, so darf doch das Interesse des Grundstücksbesitzers nicht unbilligerweise übersehen werden, im Gegenteil erfordert der Respekt vor seiner Besitzerstellung die schonendste Ausübuug des Abholungsrechtes. Der Sachbesitzer kann daher auf eigener Abholung nur bestehen, wenn er ein wirkliches Interesse daran hat, z. B. weil er die Ungeschicklichkeit des Grundstücksbesitzers kennt oder die Sache nach Art und Beschaffenheit eine besondere Behandlung nötig macht. Liegen in einem derartigen Falle zufälliger Weise auch auf Seiten des Grundstücksbesitzers wichtige Gründe vor, dem Sachbesitzer die Abholung zu verweigern, so muß er nachstehen, es sei denn, daß zugleich die Voraussetzungen des § 904 vorliegen, der ihm drohende Schaden also größer ist als der dem Sachbesitzer drohende.

§ 4.

Die Abholungsberechtigten.

§ 867 gibt den Anspruch auf Gestattung der Aufsuchung und Wegnahme der Sache dem Besitzer schlechthin. Ob der Besitzer also Eigenbesitzer oder mittelbarer Besitzer ist, bleibt gleichgültig, ebenso ob er gutgläubig oder bösgläubig besitzt. Für den mittelbaren Besitzer allerdings gilt die Einschränkung des § 869 Abs. 3. Danach steht ihm der Anspruch aus § 867 direkt nur dann zu, wenn der unmittelbare Besitzer ihn nicht geltend machen kann oder will, z. B. er ist krank oder kümmert sich nicht um die Abholung. Der ihm zustehende Anspruch ist also nur sekundärer Natur; dies gilt um so mehr, wenn der mittelbare Besitzer Staffelbesitzer im Sinne des § 871 ist, hier geht der nähere mittelbare Besitzer auch noch vor. Stand die Sache im Mitbesitze, so ist jeder Mitbesitzer zur

Geltendmachung des Anspruches befugt. Auf diesen Kreis beschränkt sich die Zahl der aus § 867 Abholungsberechtigten.

Insbesondere steht § 867 nicht dem Besitzdiener zu. Auch diesem allerdings wollen Kuhlenbeck[1]) und Biermann[2]) den Anspruch gewähren, Kuhlenbeck in Analogie des § 860, der dem Besitzdiener das dem Besitzer zustehende Selbsthilferecht verleiht, Biermann ihm aus rein praktischen Gründen beitretend, da für diese Ausdehnung in der Tat ein dringendes Bedürfnis spreche. Sei z. B. ein Tier entlaufen, führt er als Beispiel an, so müsse auch der Hirt zum Aufsuchen befugt sein, da der Gutsherr, der das Tier vielleicht nicht einmal kenne, hierzu unter Umständen ganz außerstande sei und jedenfalls zu spät kommen würde. Die praktische Notwendigkeit der Ausdehnung der Abholungsberechtigung auf den Besitzdiener kann durch dieses Beispiel nicht bewiesen werden. Denn wenn der Hirt hier nicht als Besitzdiener den Anspruch geltend machen kann, so doch als Geschäftsführer ohne Auftrag im Sinne der §§ 697 ff. B. G. B. Ja, es kann dahingestellt bleiben, ob hier nicht schon mit dem Dienstverhältnis, in dem der Hirt zum Gutsherrn steht, die stillschweigende Ermächtigung verbunden ist, alle Schritte, die zur Zusammenhaltung der Herde notwendig sind, zu tun, unter Umständen also auch den Abholungsanspruch geltend zu machen, eben mit Rücksicht auf die von Biermann hervorgehobenen Schwierigkeiten.

Die Befugnis des Besitzdieners ebenso wie jedes anderen Nichtbesitzers ergibt sich demnach, wenn nicht ein direktes Auftragsverhältnis vorliegt, nur aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag. Beim Besitzdiener liegt die Abholung stets im Interesse des Geschäftsherrn und wird immer seinem Willen entsprechen. Kuhlenbecks Berufung auf § 860 ist gerade für die gegenteilige Ansicht in Anspruch zu nehmen. Der Besitzdiener soll den Besitzherrn nur in der Ausübung der

---

[1]) Kuhlenbeck zu § 867.

[2]) Biermann zu § 867 A. 2, allerdings ohne Klagrecht.

tatsächlichen Gewalt unterstützen, hat aber sonst nicht die Stellung eines Besitzers, vielmehr hat er die seiner Gewalt unterstellten Sachen zur sofortigen körperlichen Verfügung des Gewaltherrn bereit zu halten. Lediglich aus Zweckmäßigkeitsgründen ist ihm für Fälle, in denen im Interesse der Besitzfortdauer des Besitzherrn ein sofortiges Eingreifen nötig ist, das Selbsthilferecht des Besitzers beigelegt. Damit sagt das Gesetz ausdrücklich, daß ihm andere Befugnisse, die sich aus dem Besitze ergeben, nicht zustehen sollen. So folgt per argumentum e contrario, daß auch der Abholungsanspruch nicht vom Besitzdiener geltend gemacht werden kann, im Wege der Analogie auch schon deshalb nicht, weil § 867 gar kein Selbsthilferecht darstellt.

Auch aus § 904, wie Peters[1]) will, läßt sich die Aktivlegitimation des Besitzdieners zur Geltendmachung des Anspruches nicht herleiten. § 904 gilt nicht nur zu gunsten des Besitzdieners, sondern jedes Anderen überhaupt.

Praktisch ist die Streitfrage kaum von Wert; die Person des Abholenden wird, wenn er in glaubwürdiger Weise seine Beziehungen zur Sache nachweist, nur selten einen Grund zur Verweigerung geben, schon deshalb, weil der im wesentlichen rein juristische Unterschied zwischen Besitzer und Besitzdiener im Verkehre zumeist garnicht bekannt sein dürfte.

§ 5.

Die Passivlegitimierten für den Abholungsanspruch.

Nach dem Wortlaut des § 867 geht der Anspruch gegen den Grundstücks„besitzer", an sich kann also unzweifelhaft der Anspruch sowohl gegen den unmittelbaren wie den mittelbaren Besitzer gerichtet werden, denn beide werden nebeneinander im B. G. B. stets in gleicher Weise mit Besitzer bezeichnet.[2])

[1]) S. 42 ff.

[2]) Vergl. Denkschrift S. 170

Allerdings ist die Passivlegitimation des mittelbaren Besitzers bestritten.[1]) Auch die Protokolle[2]) nehmen, eine ablehnende Haltung ein. Hier heißt es in ausführlicher Begründung: Es erscheint am einfachsten und natürlichsten, denjenigen zur Duldung der auf die Wiedererlangung der Sache gerichteten Handlungen zu verpflichten, in dessen unmittelbarem Machtkreise die Sache sich befinde. Der nicht besitzende Eigentümer z. B. der Verpächter des Grundstückes sei in der Regel garnicht in der Lage, ein Verbietungsrecht auszuüben, weil er von dem betreffenden Vorfalle keine Kenntnis habe. In der Regel werde er auch kein Interesse haben, die auf die Wiedererlangung der Sache gerichteten Handlungen zu untersagen, weil er hierdurch in der Ausübung seines Eigentums nicht gestört werde". Diesen Ausführungen wird sicherlich der Regelfall im praktischen Leben entsprechen, aber doch nur der Regelfall. Unter Umständen kann dem Sachbesitzer aber gerade an der Gestattung des mittelbaren Besitzers gelegen sein, z. B. wenn der unmittelbare, um Gestattung ersuchte Besitzer diese lediglich deshalb verweigert, weil er fürchtet,[3]) sich durch die Gestattung dem ihm gegenüberstehenden mittelbaren Besitzer verantwortlich zu machen. Wenn man einwendet,[4]) daß die Gestattung des mittelbaren Besitzers wertlos sei, weil dieser kein Mittel habe, den unmittelbaren Besitzer zur Gestattung zu zwingen, unter Umständen sogar durch versuchten Zwang auf den unmittelbaren Besitzer sich verbotener Eigenmacht oder eines Hausfriedensbruches schuldig machen könne, so ist dies vielleicht ein Grund für den vorsichtigen Sachbesitzer, seinen Anspruch nicht gegen den mittelbaren Besitzer zu richten. Doch kein Beweis, warum er nicht die Möglichkeit haben soll, gegen denjenigen, in dessen Person der Grund der Verweigerung liegt, direkt vorzugehen. Allerdings, daran

---

[1]) Dagegen Biermann zu § 867 A. 2; Planck zu 867 A. 3; Klein S. 25; Männer S. 150 A. 3; Turnau-Förster zu 867 A. 4.

[2]) Bd. III S. 165.

[3]) Beispiel von Strohal S. 47; ebenso Kober zu 867 A 1 b β

[4]) Klein S. 24.

ist festzuhalten, braucht der Sachbesitzer sich nicht an die Begründung des unmittelbaren Besitzers hinsichtlich seiner Weigerung zu kehren, das Innenverhältnis zwischen diesem und dem mittelbaren Besitzer kann ihm ganz gleichgültig sein. Da der Abholungsanspruch seinem Interesse in erster Linie dient, muß es ihm aber unbenommen sein, gegen den unmittelbaren wie den mittelbaren Besitzer nach seiner Wahl vorzugehen. Auf den Willen des Abholenden also kommt es allein an, naturgemäß wird er sich gegen den unmittelbaren Besitzer wenden, gegen den mittelbaren Besitzer hauptsächlich nur, wenn dieser ein Interesse am Verbieten der Abholung hat und er dieses Interesse respektieren will. Wenigstens ist dies der Hauptfall. Unter Umständen kann allerdings dem Abholenden selbst daran gelegen sein,[1]) den Anspruch gegenüber dem mittelbaren Besitzer geltend zu machen, z.B. wenn nur er, dagegen nicht der unmittelbare Besitzer auf dem Grundstück anwesend ist, z. B. auf einer der aneinanderstoßenden Wiesen hat sich ein Tennisklub etabliert, während der Nießbraucher oder Mieter des Nachbargrundstücks, auf das die Bälle ständig hinüber fliegen, dauernd verreist ist; hier kann der Eigentümer angegangen werden.[2]) Als weiteres Argument für die hier vertretene Ansicht führen Gierke[3]) und Crome[3]) die Analogie der Eigentumsklage an; ob mit Recht, mag dahingestellt bleiben, da bei der Eigentumsklage eigentlicher Gegner des Vindizierenden wegen der endgiltigen Feststellung des Rechtes an der Sache stets der mittelbare Besitzer ist. Jedenfalls kann auf Grund des § 867, der vom Besitzer schlechthin spricht, die Möglichkeit, den Anspruch auch gegen den mittelbaren Besitzer zu gewähren, nicht geleugnet werden.[4])

[1]) Vergl. die Beispiele bei Strohal S. 45 ff. und Gierke Fb. S. 56 A. 2.

[2]) Beispiel von Crome Bd. III S. 238 A. 6.

[3]) Gierke, Verhandlungen des 24. d. J. S. 48; Crome Bd. III S. 238 A. 5.

[4]) so Mathias Bd. II S. 17 C; Kober zu 867 A. 1 b β; Strohal S. 45 ff.; Cosack Bd. II S. 95 IV; Gärtner S. 196 Cap. II. Fischer-Henle A. 3 zu 867; Gierke D. Pr. S. 254 A. 37, Fb. S. 56, Verhandlungen des 24. d. J., S. 48.

Gegen den Besitzdiener besteht der Anspruch dagegen nicht, doch kann er hier ebenfalls (wie in § 4) als Geschäftsführer ohne Auftrag handeln.

Denkbar ist der Anspruch gegenüber einem Mitbesitzer der Sache, wenn dieser zugleich Grundstücksbesitzer ist.

§ 6.

Schadensersatzanspruch und Zurückbehaltungsrecht des Grundstücksbesitzers.

Der Fall, daß der Grundstücksbesitzer dem Sachbesitzer die Gestattung der Aufsuchung und Wegnahme der Sache verwehrt, wird nur selten eintreten, da der Grundstücksbesitzer meist selbst ein Interesse daran haben wird, die Sache so bald als möglich von seinem Grundstück entfernt zu sehen. Es werden also gewichtige Gründe vorliegen, abgesehen von etwaiger Chikane des Grundstücksbesitzers, wenn er dem Abholenden das Betreten des Grundstücks verweigert. Meist wird es sich hier um Schadensersatzansprüche handeln, deren Berichtigung er vor seiner Gestattung verlangt, sei es daß ein Schaden bereits durch die Sache selbst bei ihrem Gelangen auf das Grundstück entstanden ist, sei es, daß die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache nicht möglich erscheint, ohne daß dadurch Schaden angerichtet wird. Diesem letzteren Fall trägt § 867 selbst Rechnung, indem er im Satz 2 ausdrücklich bestimmt, daß der Besitzer des Grundstücks Ersatz des durch die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache entstehenden Schadens verlangen kann. Ob dabei den Aufsuchenden ein Verschulden trifft, ist gleichgültig, er haftet in jedem Fall, wenn der Grundstücksbesitzer die Entstehung eines Schadens nachgewiesen hat.[1]) Und zwar ist nach dem Wortlaute des Paragraphen nicht nur der unmittelbare durch die Aufsuchung entstehende Schaden zu ersetzen, sondern auch der

[1]) Den Grundstücksbesitzer trifft die Beweislast; vergl. Prot. Bd. III S. 167 IV.

weitere Schaden, für den die Aufsuchung vielleicht nur die entfernte Ursache bildet, so in dem bekannten Beispiel, daß der Sachbesitzer durch das Betreten des Grundstückes ein Fabrikgeheimnis erfährt und nun für sich ausbeutet. Der Umfang der Schadensersatzpflicht bestimmt sich im einzelnen nach den §§ 249 ff. B. G. B.; im Falle indirekten Schadens kommt hier besonders § 254 Abs. 2 in Betracht, wonach der Sachbesitzer nur in beschränktem Maße haftet, wenn der Grundstücksbesitzer schuldhafterweise unterlassen hat, ihn vor dem Aufsuchen auf die Möglichkeit der Gefahr eines besonders hohen Schadens aufmerksam zu machen.

Droht durch das Aufsuchen ein Schaden zu entstehen, so ist es nur natürlich, daß der Grundstücksbesitzer die Gestattung der Wegnahme von der Sicherstellung des voraussichtlichen Schadens abhängig machen wird. Konsequenterweise heißt es daher weiter im § 867, daß der Grundstücksbesitzer, wenn die Entstehung eines Schadens zu besorgen ist, die Gestattung verweigern darf, bis ihm die Sicherheit geleistet wird. Dies kann unter Umständen für den Sachbesitzer nicht sofort möglich sein, andererseits er aber doch das größte Interesse daran haben, sofort wieder die Sache zu erlangen, um sie nicht gänzlich zu verlieren, z. B. ein Kanarienvogel ist entflogen und dessen Besitzer müßte erst Geld zur Sicherstellung herbeiholen.[1]) Inzwischen würde der Vogel hier sicherlich entflogen sein, das Resultat wäre also ein höchst unbilliges für den Sachbesitzer. So bestimmt denn auch § 867, daß die Verweigerung der Gestattung dann unzulässig sein soll, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist.[2])

Über den Ersatz des durch die Sache selbst bereits entstandenen Schadens enthält § 867 nichts. Daraus kann natürlich nicht gefolgert werden, daß der Grundstücksbesitzer einen derartigen Schaden nicht ersetzt verlangen könnte. Vielmehr greifen hier die allgemeinen Bestimmungen über die unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff.) ein, von denen insbesondere die §§ 833, 834, 836 in

[1]) Endemann S. 190 A. 25.

[2]) Die Art und Weise der Sicherheitsleistung bestimmt sich nach den §§ 232 ff. B. G. B.

Betracht kommen werden. Daß bereits mit dem Gelangen der Sache auf das Grundstück ein Schaden entsteht, ist leicht möglich, z. B. die Sache zerschlägt eine Fensterscheibe, bricht Zweige ab, vernichtet ein Blumenbeet ꝛc. In diesem Fall wird der Grundstücksbesitzer ein noch größeres Interesse daran haben, vor der Wegschaffung der Sache Ersatz zu erhalten bezw. seinen Anspruch darauf sichergestellt zu sehen, als wenn ein Schaden noch garnicht entstanden ist und erst durch das Aufsuchen bevorsteht. Er wird also erst recht vor der Gestattung der Abholung Sicherheitsleistung verlangen und bis dahin seine Genehmigung verweigern. Diese Weigerung stellt sich dar als die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes, d. h. des Rechtes, die geschuldete Leistung zu verweigern, bis der Gegner seiner Leistungspflicht (Ersatz des Schadens) ihm gegenüber nachgekommen ist.

Die geschuldete Leistung kann im Falle des § 867 verschieden sein. Man hat zu unterscheiden, ob die auf das Grundstück gelangte Sache bereits in Besitz genommen ist oder nicht, ob also der Abholungsanspruch noch besteht oder durch die erfolgte Inbesitznahme einem anderen Anspruche gewichen ist. Ist die Sache noch nicht in Besitz genommen, so besteht die geschuldete Leistung lediglich in dem Gestatten der Abholung, anderenfalls gegenüber den Ansprüchen aus §§ 985, 1007, 861 ꝛc. in der Pflicht, die Sache „herauszugeben". Gegenstand des Zurückbehaltungsrechtes ist also einmal die Verweigerung der Gestattungserklärung, im zweiten Fall die Verweigerung der Herausgabe. Mit Rücksicht auf den Ausdruck „Zurückbehaltungsrecht" könnte es nun zweifelhaft erscheinen, ob überhaupt die in der Abgabe einer Willenserklärung bestehende Leistung Gegenstand des Zurückbehaltungsrechtes sein könne, da ein Zurückbehalten der Terminologie des Wortes nach nur bei körperlichen Gegenständen, die man besitzt, möglich erscheint. Bei Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes kommt es jedoch nicht so sehr auf das tatsächliche Innehaben und Innehalten, als vielmehr darauf an, daß der Zurückhaltende in der Lage ist, die Leistung an den Gegner zu verhindern, und dies

ist nicht nur dann der Fall, wenn der Zurückhaltende besitzt oder detiniert, sondern auch dann, wenn der Gegner, von Eigenmacht abgesehen, nur mit dem Willen des Zurückhaltenden die Leistung zu erlangen vermag.[1]) Danach beschränkt sich das Zurückbehaltungsrecht nicht nur auf Sachen, sondern ist auf alle Leistungen auszudehnen, die derart verweigert werden können, daß ohne den Willen des Zurückbehaltenden ihre Erlangung nicht möglich ist. So ist unbestritten die Zurückbehaltungsmöglichkeit von Handlungen[2]), es ist auch nicht einzusehen, warum nicht die im § 867 vom Grundstücksbesitzer erforderte Erklärung der Gestattung des Abholens, deren Verweigerung jedes Betreten des Grundstücks seitens des Sachbesitzers zur verbotenen Eigenmacht stempelt, Gegenstand des Zurückbehaltungsrechtes sein könnte. Der Ausdruck „Zurückbehaltungsrecht" ist daher nur bildlich zu verstehen, es handelt sich bei ihm um das Recht der Verweigerung einer Leistung schlechthin. Demnach ist ein Zurückbehaltungsrecht ohne Besitz sehr gut denkbar.

Nun konnte allerdings die Frage entstehen, ob nicht die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes im Falle des § 867 stets die Erklärung des Besitzwillens in sich schließt, also nur ein Zurückbehaltungsrecht an der im Besitz befindlichen Sache in Frage kommt. Dafür läßt sich anführen, daß die Absicht des Zurückbehaltenden meist darauf gerichtet sein wird, für den Fall der Nichtbefriedigung durch den Gegner ein Objekt zur Ausgleichung des erlittenen Schadens zu haben. Man denke an § 777 C. P. O., wonach für den Gläubiger vorzugsweises Objekt der Zwangsvollstreckung die in seinem Besitz befindliche Sache des Schuldners ist, in Ansehung deren ihm ein Zurückbehaltungsrecht für seine Forderung zusteht. Verfolgt der Zurückhaltende mit der Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes in erster Linie diesen Sicherungszweck, so wird ihm natürlich am Besitz der Sache gelegen sein. Denkbar ist aber auch,

[1]) Rieger S. 20 nach Langfeld, Lehre vom Retentionsrecht S. 112.

[2]) vergl. Rg. Bd. 59 S. 201.

daß der Sicherungszweck völlig zurücktreten kann, einmal wegen der Geringfügigkeit des Schadens, dann besonders, weil Person und Vermögensverhältnisse des Gegners Garantie dafür bieten, daß der geltend gemachte Schadenersatzanspruch von Erfolg sein wird. In derartigen Fällen dient die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes dazu, einen Druck auf den Gegner auszuüben und ihn zu schnellerer Leistungsbereitschaft zu veranlassen. An dem Besitz der Sache braucht dem Grundstücksbesitzer, zumal im Hinblick auf die mit dem Besitze verbundenen Verpflichtungen, dabei nicht gelegen sein. Einwirkungen auf die Sache von dritter Seite, besonders von der des Gegners, kann er kraft seines Besitzes am Grundstück indirekt zurückweisen und sich somit die Anwartschaft auf den Besitzerwerb für den Fall erhalten, daß Umstände eintreten, die ihm die Inbesitznahme selbst ratsam erscheinen lassen. Die Umstände des einzelnen Falles sind daher maßgebend dafür, ob in der Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes eine Inbesitznahme zu erblicken ist oder nicht. Schwierigkeiten werden hier kaum entstehen, da die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes ohne vorhandenen Besitzwillen in Bezug auf die Sache die Ausnahme bildet und wenn der Zurückhaltende einen derartigen Ausnahmezustand will, dies deutlich zum Ausdruck kommen wird. Man nehme z. B. folgenden Fall an: Eine Sache ist auf ein fremdes Grundstück gelangt und hat dabei geringfügigen Schaden verursacht, z. B. eine Scheibe des Treibhauses zerschlagen. Der dem Grundstücksbesitzer unbekannte Sachbesitzer macht den Abholungsanspruch geltend, der Grundstücksbesitzer verlangt zuvor Ersatz des Schadens. Der Sachbesitzer weigert sich. Im Wortwechsel erklärt er diesem, daß seinetwegen aus der Sache werden könne, was wolle, jedenfalls er, der Sachbesitzer, sie nicht eher bekäme, als bis er die paar Pfennige für die Scheibe bezahlt hätte. Hier wäre also deutlich erklärt, nicht Besitzer sein zu wollen. Chikanös braucht dabei das Verhalten des Grundstücksbesitzers durchaus nicht zu sein, dieser Vorwurf kann unter Umständen den Sachbesitzer viel eher treffen, z. B. wenn die Sache selbst geringwertig ist und die Bezahlung

der Kosten ihm ein leichtes wäre. Das Zurückbehaltungsrecht ist somit Sicherungs- wie Zwangsmittel,[1]) der Sicherungszweck[2]) kann, auch heute noch auf Grund des B. G. B., als dem Wesen des Rechtes nicht voll entsprechend, nicht einseitig hervorgehoben werden.

Es ergibt sich somit die Notwendigkeit, im Falle des § 867 für die Frage des Zurückbehaltungsrechtes auseinander zu halten, ob die Sache in Besitz genommen ist oder nicht.

Solange § 867 noch anwendbar, eine Inbesitznahme also nicht erfolgt ist, will Endemann[3]) mit Rücksicht auf Satz 3 auch wegen eines bereits entstandenen Schadens die Sache zurückbehalten, weil das, was für den bloß befürchteten Schaden rechtens sei, um so mehr für den bereits entstandenen gelten müsse. Das sagt unzweifelhaft das Billigkeitsgefühl. Indeß ist es nicht angängig, auf § 867 selbst ein Zurückbehaltungsrecht stützen zu wollen. Denn ein Zurückbehaltungsrecht ist in Satz 3 selbst für den erst drohenden Schaden nicht statuiert. In den Worten: „Der Besitzer kann, wenn die Entstehung eines Schadens zu besorgen ist, die Gestattung verweigern, bis ihm Sicherheit geleistet wird", handelt es sich nur um eine selbstständige anspruchhemmende Einrede, nicht dagegen um ein spezielles Zurückbehaltungsrecht. Das schon deshalb nicht, weil die Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechtes, daß dem geltend gemachten Hauptanspruch ein fälliger Gegenanspruch gegenüberstehen muß, hier nicht gegeben ist. Ein fälliger Gegenanspruch besteht deshalb nicht, weil es sich um einen bloß drohenden Schaden handelt, somit es garnicht feststeht, ob ein Anspruch überhaupt zur Entstehung gelangen wird. Daß es sich nur um eine anspruchhemmende Einrede handelt, geht auch aus § 202 Abs. 2 hervor, in dem die Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung neben der des

---

[1]) ebenso Motive Bd. II S. 42; Prot. Bd. I S. 311; Staudinger Bd. II zu § 273 A. 3; Endemann Bd. I S. 73; Rieger S. 9; Dernburg Bd. II S. 131.

[2]) so Planck zu § 273 A. 4; Schlegelberger S. 103

[3]) Bd. II, 1 S. 190, A. 25

Zurückbehaltungsrechtes aufgeführt ist. § 867 S. 3 gehört vielmehr in eine Reihe mit den §§ 258, 321, 811 ꝛc.[1])

Ob ein Zurückbehaltungsrecht besteht oder nicht, kann sich somit nur nach § 273 B. G. B. entscheiden. Hier steht nun, solange die Sache nicht in Besitz genommen ist, fast die gesamte Literatur auf ablehnendem Standpunkte, darauf hinweisend, daß im Falle des § 867 eine „Herausgabeverpflichtung" nicht bestehe, somit § 273 Abs. 2 nicht in Frage komme.[2]) Nach Abs. 2 ist allerdings, da in § 867 von einer Herausgabeverpflichtung keine Rede sein kann, die Zurückbehaltungsmöglichkeit nicht gegeben, diese bietet sich jedoch nach Abs. 1: „Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er, sofern er nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein Anderes ergibt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird."

Hiernach muß der Anspruch des Grundstücksbesitzers also fällig sein, auf demselben rechtlichen Verhältnisse beruhen und darf das bestehende Schuldverhältnis nicht gegen sich haben. Die Fälligkeit steht außer Frage, zweifelhaft kann dagegen erscheinen, ob die beiderseitigen Ansprüche, der Anspruch auf die Gestattungserklärung und der Schadensersatzanspruch, da es sich um einen dinglichen und einen obligatorischen Anspruch handelt, auf demselben rechtlichen Verhältnisse beruhen. Doch ist dies nach der herrschenden und richtigen Meinung zu bejahen. „Rechtliches Verhältnis" ist nicht gleichbedeutend mit „Rechtsverhältnis"

---

[1]) Wie hier Schlegelberger S. 101; Planck zu § 867 A. 4, Langheineken, Anspruch und Einrede S. 332, Endemann Bd. II, 1 S. 190 A. 25 (anders Bd. I, S. 711 A. 11);

a. A. Rieger S. 15, Kniep S. 164.

Auf die Streitfrage der Einheitlichkeit des Zurückbehaltungsrechtes kann hier nicht näher eingegangen werden.

[2]) Trotzdem gewähren Kniep S. 164 und Schröder S. 53 ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 2.

oder „Schuldverhältnis".[1]) Die Gleichstellung entspricht weder dem Wortlaut noch dem Zweck des Zurückbehaltungsrechtes, das in erster Linie in Billigkeitserwägungen seinen Grund hat. Der Billigkeitszweck würde durch eine derartige restriktive Interpretation in vielen Zwecken nicht erreicht werden. Ein gerechter und umfassender Maßstab für das Vorliegen eines rechtlichen Verhältnisses kann nur in dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben auf Grund der Verkehrsauffassung gefunden werden, da es häufig unbillig erscheinen muß, in solchen Fällen das Zurückbehaltungsrecht zu versagen, in denen zwar für den Juristen verschiedene Rechtverhältnisse vorliegen, im Verkehre dagegen deren Einheitlichkeit als selbstverständlich erscheint. „Unter demselben rechtlichen Verhältnis ist daher nicht nur ein bestimmtes einzelnes Rechtsverhältnis zu verstehen, aus dem Leistung und Gegenleistung in gegenseitiger Bedingtheit geschuldet werden, vielmehr fallen darunter auch die natürliche, gewollte oder als gewollt vorauszusetzende Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses.[2]) „Es darf nicht als gegen Treu und Glauben verstoßend erscheinen, wenn der eine Interessent von dem anderen eine Leistung verlangt, die von ihm geschuldete Leistung andererseits aber nicht gewähren wollte.[3]) Auf dieser Basis erklärt sich auch das Verhältnis der Absätze 1 und 2 im § 273: Die Zurückbehaltungsfälle wegen Verwendungen auf die Sache oder wegen eines durch die Sache entstandenen Schadens sind besonders wichtige Anwendungsfälle des im Abs. 1 aufgestellten Prinzips und daher ausdrücklich hervorgehoben.[4])

---

[1]) Einzelnes über die außerordentlich bestrittene Frage der Konnexität siehe bei Oertmann zu 273 A 2 b und der dort angegebenen Literatur, insbesondere vergl. Rech. a. a. O.

[2]) O. L. G. Hamburg in Rechtspr. d. O. L. G. Bd. III S. 354.

[3]) Rg. Bd. 14, S. 231 ff. und Bd. 57 S. 6/7; ähnlich Dernburg Bd. II, § 57 A. 11; Planck zu § 273 A. 2 aβ; Schlegelberger S. 87/8 und Andere.

[4]) ebenso Motive Bd. II S. 41; Prot. Bd. II S. 390; Neumann zu § 273 A. aβ; Schlegelberger S. 82 ff.

a. A.: Rieger S. 56; Planck zu § 273 A 2.

Faßt man rechtliches Verhältnis im Sinne vorstehender Ausführungen auf, so steht einem Zurückbehaltungsrechte des Grundstücksbesitzers nach § 273 Abs. 1 nichts entgegen, gerade auch im Hinblick auf dessen Verhältnis zu Abs. 2. Es verstößt wider Treu und Glauben, wenn der Sachbesitzer vom Grundstücksbesitzer Gestattung der Wegnahme der Sache verlangt, ohne seinerseits Ersatz des Schadens anzubieten, somit liegt ein rechtliches Verhältnis im Sinne des § 273 Abs. 1 vor: ein Einwand, aus dem durch die Entstehung des Schadens begründeten Schuldverhältnisse besteht nicht. Der Grundstücksbesitzer hat also das Recht, die Gestattung der Aufsuchung und Wegnahme der Sache zu verweigern, bis er von dem Abholenden wegen seines Schadensersatzanspruches befriedigt ist. Will der Sachbesitzer demnach sofort zu der Sache kommen, so bleibt ihm nichts Anderes übrig, als den Schaden sofort zu ersetzen oder gemäß § 273 Abs. 3 Sicherheit zu leisten. Von der Sicherheitsleistung kann er nur im Falle des § 904 bezw. § 229 absehen.

Hat der Grundstücksbesitzer die Sache in Besitz genommen und ist er demgemäß zur Herausgabe verpflichtet, so greift § 273 Abs. 2 ein. Das Zurückbehaltungsrecht ist danach aber dann ausgeschlossen, wenn die Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt ist. Davon kann keine Rede sein, wenn der Sachbesitzer mit dem Gelangen der Sache auf das Grundstück den Besitz verloren hatte. Anders dagegen, wenn der Besitz noch fortdauert und somit in der Inbesitznahme verbotene Eigenmacht liegt; wenigstens muß dies nach der herrschenden Meinung angenommen werden. Nach dieser stellt die verbotene Eigenmacht zugleich eine unerlaubte Handlung im Sinne von § 823 B. G. B. dar, wenn den eigenmächtig Handelnden ein Verschulden trifft,[1]) und zwar wenn nicht nach Abs. 1, weil der Besitz kein Recht sei, so doch jedenfalls nach Abs. 2, da § 858 B. G. B. ein Schutzgesetz für den Besitz sei, indem er es als widerrechtlich

[1]) verbotene Eigenmacht ist nach absolut vorherrschender Meinung auch ohne Verschulden möglich; vergl. Rg. Bd. 55 S. 55.

bezeichne und somit verbiete, dem Besitzer ohne seinen Willen den Besitz zu entziehen oder ihn im Besitze zu stören.[1]) Nach § 273 Abs. 2 wird zwar zum Ausschlusse des Zurückbehaltungsrechtes ein vorsätzliches unerlaubtes Handeln der Ausübenden gefordert. Dieses Tatbestandsmerkmal muß aber im Fall der Inbesitznahme durch den Grundstücksbesitzer regelmäßig als gegeben angesehen werden. Vorsatz liegt dann vor, wenn der eingetretene Erfolg als notwendig oder möglich vorausgesehen wurde.[2]) Der eingetretene Erfolg ist hier der durch die Inbesitznahme der Sache bewirkte Besitzverlust des bisherigen Besitzers, und daß dieser Erfolg durch die Zurückhaltung der Sache mit dem Willen, sie selbst in Besitz zu nehmen, vorausgesehen werden muß, kann nicht zweifelhaft sein. Nach der herrschenden Meinung wird man daher häufig zur Verneinung des Zurückbehaltungsrechtes im Fall der Inbesitznahme kommen müssen.[3])

---

[1]) vergl. Rg. Bd. 59 S. 328.

[2]) Oertmann zu § 276 A. 1; Crome Bd. I § 109 Nr. 3 a; Endemann Bd. I § 112 A. 5; Rg. Bd. 51 S. 381.

[3]) In vielen Fällen muß dies ungerecht und dem Billigkeitszweck des Zurückbehaltungsrechtes zuwiderlaufend erscheinen. Der Einwand, der Grundstücksbesitzer hätte die Sache dann nicht in Besitz nehmen sollen, da ihm auch ohne die Inbesitznahme ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 Abs. 1 zustand, kann nicht immer durchschlagend sein. Die Inbesitznahme wird unter Umständen im Interesse des Zurückhaltenden geboten und als durchaus gerechtfertigt erscheinen, z. B. wenn es sich um einen leicht verderblichen Gegenstand handelt oder das Grundstück von vielen Personen betreten und so die Gefahr des Gestohlenwerdens der Sache begründet wird, besonders ferner, wenn es sich um Tiere handelt. Zu welch unbilligem Ergebnis man auf Grund der herrschenden Meinung kommen kann, mögen folgende Beispiele zeigen:

1. A behält von den Hühnern, die vom Nachbarhofe auf sein Grundstück geflogen sind (also ohne sein Zutun!) einige zurück, um sie sich anzueignen. Sein Vorhaben wird bemerkt und der Eigentümer verlangt die Hühner zurück, A weigert sich, die Hühner herauszugeben, solange ihm nicht der Schaden ersetzt ist, den er durch das Zerkratzen seiner Beete durch die Hühner erlitten hat.

2. Die Hühner des B fliegen andauernd über den Zaun auf das Grundstück des A. A hat schon öfter dem B Vorstellungen deshalb gemacht mit Rücksicht auf den Schaden, den ihm die Hühner zufügen, doch ohne Erfolg. Eines

§ 7.

Die Schadensersatzpflicht des Grundstücksbesitzers.

Neben den Sachbesitzer kann unter Umständen auch den Grundstücksbesitzer eine Schadensersatzpflicht treffen, und zwar greifen dann, da § 867 hierüber nichts enthält, die allgemeinen Bestimmungen über die unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff.) ein.

Eine solche Schadensersatzpflicht kann sich z. B. daraus ergeben, daß der Grundstücksbesitzer in vorsätzlicher oder fahrlässiger Weise auf die Sache einwirkt, weiter daraus, daß er dem Sachbesitzer grundlos die Gestattung der Aufsuchung und Wegnahme der Sache verweigert und dadurch Schaden für den Sachbesitzer eintritt, z. B. die Sache beginnt zu verderben oder durch die Nichtablieferung der Sache zur bestimmten Zeit entgeht dem

---

Tages behält er die Hühner zurück und verlangt vor der Herausgabe Ersatz des Schadens.

In beiden Fällen liegt vorsätzliche verbotene Eigenmacht vor, sowohl im Fall 1, wo das Gelangen der Hühner auf sein Grundstück ihm willkommen war, wie im Fall 2, wo dieses Gelangen sich gegen seinen ausdrücklich erklärten Willen vollzog, denn in beiden Fällen erfolgte die Besitzentziehung ohne den Willen des Besitzers und beide Mal vorsätzlich. Es läge also ein vorsätzliches unerlaubtes Handeln vor und damit wäre das Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen, im Falle 2 offenbar unbilliger Weise.

Dieses unbillige Resultat wird vermieden, wenn man sich der von Eccius (S. 8 ff.) und Wolff (S. 27/8) vertretenen Ansicht anschließt, daß die Besitzentziehung als solche niemals unter § 823 fällt. Dies aus der Erwägung heraus, daß beide Ansprüche (§§ 861/2 und 823) das gemeinsame Ziel haben, nämlich Wiederherstellung des früheren Zustandes (für § 823 erhellt dies aus § 249, nach dem der frühere Zustand von dem zum Schadensersatz Verpflichteten wiederherzustellen ist), und daß den Ansprüchen aus den §§ 861/2 derartige Beschränkungen auferlegt sind, daß in ihnen, zumal eine Verletzung des Besitzes anders als durch Entziehung oder Störung garnicht denkbar ist, eine spezielle erschöpfende Regelung der Besitzverletzung erblickt werden muß. Wenn also der Grundstücksbesitzer die Sache vorsätzlich in Besitz nimmt, so handelt er zwar auch widerrechtlich, aber nicht zugleich unerlaubt im Sinne des § 823. Demnach würde das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 2 trotz vorsätzlich begangener verbotener Eigenmacht bestehen.

Sachbesitzer Gewinn. Daß der Grundstücksbesitzer auch für indirekten Schaden aufkommen muß, ergibt sich aus der ausdrücklichen Bestimmung des § 252, allerdings wird der Beweis, gerade die Verweigerung als kausales Moment für den Gewinnverlust heranzuziehen, nicht leicht zu erbringen sein. Indirekter Schade kann auch dadurch entstehen, daß der Grundstücksbesitzer grundlos Sicherheitsleistung fordert (wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden) oder daß er die Sicherheit höher als den Umständen angemessen bemißt. Denkbar ist die Schadensersatzpflicht ferner daraus, daß er dem berechtigten Verbote des Sachbesitzers zuwider die Sache selbst aufgesucht hat, anstatt dies ihm selbst zu überlassen, z. B. wenn durch seine Ungeschicklichkeit die Sache zerbrochen ist 2c. Wie hervorgehoben,[1]) hat der Sachbesitzer prinzipiell das Recht, selbst die Abholung zu bewerkstelligen; handelt der Grundstücksbesitzer also selbständig gegen den Willen des Sachbesitzers, so liegt darin, falls das Verbot des Sachbesitzers nicht chikanös ist, ein Verschulden. Eine weitere Möglichkeit der Haftung des Grundstücksbesitzers eröffnet sich endlich nach § 254 Abs. 2 wegen unterlassenen Hinweises auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens, die der Abholende beim Betreten des Grundstückes weder kannte noch kennen mußte.

Allerdings kann der Grundstücksbesitzer in allen diesen Fällen nach Analogie des § 848 B. G. B. die Haftung ablehnen, wenn es sich um zufälligen Untergang bezw. zufällige Verschlechterung der Sache handelt und der Schaden auch ohne seine schuldhafte Verweigerung eingetreten wäre.

§ 8.

Die rechtliche Natur des Anspruchs.

Die Untersuchung der rechtlichen Natur des Anspruchs ist besonders wichtig für die Frage, ob gegen den Anspruch petitorischen Einwendungen zulässig sind. Es ist daher zu prüfen, ob der Anspruch seinen Ursprung aus dem Rechte zum Besitz her-

[1]) Vergl. S. 49/50.

leitet oder ob er als Fundament lediglich die Tatsache des Besitzes hat, ob er also petitorischer oder possessorischer Art ist. Für die petitorische Rechtsnatur des Anspruches haben sich Cosack und Fischer-Henle[1]) ausgesprochen, allerdings ohne Begründung. Stichhaltige Gründe für eine derartige Auffassung des § 867 in seiner Stellung unmittelbar im Anschluß an die Besitzansprüche der §§ 861/2 sind auch nicht ersichtlich. Ob der Anspruch andererseits rein possessorisch ist,[2]) kann zweifelhaft erscheinen mit Rücksicht darauf, daß die eigentliche Voraussetzung der possessorischen Ansprüche dem Anspruch aus § 867 nicht zu Grunde liegt. Possessorische Ansprüche haben zur Voraussetzung, daß verbotene Eigenmacht geübt und dadurch eine Veränderung des Besitzstandes herbeigeführt ist. Bei ihnen handelt es sich also um ein Reagieren auf Angriffe Dritter auf die Besitzstellung. Anders im § 867. Verbotene Eigenmacht kommt hier nicht in Frage, die Besitzstellung selbst braucht überhaupt nicht gestört zu sein, regelmäßig handelt es sich nur um eine Besitzverschiebung. Insofern fehlt also das Charakteristikum des possessorischen Anspruchs. Dagegen läßt sich § 867 mit dem Vorlegungs-Anspruch des § 809 vergleichen, indem er den exhibitorischen Charakter mit diesem insofern teilt, als er gleich dem § 809 auf ein Gestatten des Besitzers gerichtet ist, außerdem das Recht der Aufsuchung im § 867 zugleich ein Recht der Besichtigung enthält.[3]) Eine Verwandtschaft zwischen beiden Ansprüchen zeigt sich auch darin, daß sich häufig aus dem Vorlegungs- der Abholungsanspruch entwickeln wird, dann nämlich, wenn der Sachbesitzer, ungewiß darüber, ob die auf dem Grundstück befindliche Sache ihm gehört, zuerst den Vorlegungsanspruch des § 809 geltend gemacht hat, um sich Gewißheit zu verschaffen, ob ihm in Ansehung der Sache ein Anspruch zusteht. Hat er infolge der Besichtigung die Sache als die seinige erkannt, so wird er nunmehr, wie er vorher

[1]) Cosack Bd. II S. 94; Fischer-Henle zu § 867 A. 3.

[2]) so Gierke D. Pr. S. 254 A. 37.

[3]) Vergl. Endemann Bd. I S. 1232 A. 7; Crome Bd. III S. 238, 2.

Gestattung der Besichtigung verlangt hat, gemäß § 867 Gestattung der Abholung der Sache fordern. Aus diesen exhibitorischen Momenten kann aber nicht, wie Crome (a. a. O.) es zu tun scheint, indem er die Zulässigkeit petitorischer Einwendungen bejaht, die petitorische Natur des Anspruchs gefolgert werden. Vielmehr muß er den possessorischen Ansprüchen an die Seite gestellt werden und ist wie diese zu behandeln. Das erhellt einmal daraus, daß er wie diese sich nur auf die Tatsache des Besitzes stützt und daß seine Einführung erfolgte, um den Besitzesschutz zu vervollständigen für den Fall, daß verbotene Eigenmacht nicht vorlag, dennoch aber zur Aufrechterhaltung der äußeren Rechtsordnung eine gesetzliche Bestimmung notwendig erschien. Er dient also wie die possessorischen Klagen der §§ 861/2 dazu, die äußere Ordnung der tatsächlichen Verhältnisse in Bezug auf die den einzelnen Personen unterstehenden Sachen im Interesse des Rechtsfriedens zu wahren. Dies ist im B. G. B. äußerlich dadurch zum Ausdruck gebracht, daß die neue Ergänzungsbestimmung in den Abschnitt „Besitz" aufgenommen und im Anschluß an die eigentlichen Besitzklagen behandelt, damit auch den gleichen Gesichtspunkten in der rechtlichen Behandlung unterstellt wurde. Mit diesen berührt sich der Abholungsanspruch auch darin, daß hier wie bei der fehlerhaften Entziehung der Schein des Rechts für den bisherigen Besitzer spricht[1]) und die Frage nach dem Recht zum Besitz, der Bös- oder Gutgläubigkeit des Besitzers, hier ebensowenig wie dort gestellt werden kann, wenn der Zweck des Besitzschutzes, die Aufrechterhaltung des äußeren Herrschaftsverhältnisses über die Sache, erreicht werden soll.

Wie die Ansprüche aus §§ 861 862 läßt er demnach Einwendungen aus dem Recht nicht zu, ohne Rücksicht darauf, ob der Abholende gut- oder bösgläubig ist. Möglich sind vielmehr nur die im § 867 selbst vorgesehenen Einreden, also die Einrede, daß die Sache inzwischen in Besitz genommen sei, oder die Einrede der mangelnden oder nicht genügenden Sicherheitsleistung und

[1]) Gärtner S. 195.

dieser entsprechend auch die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes; deren Zulässigkeit kann auch possessorischen Ansprüchen gegenüber nicht in Frage gestellt werden, da es sich beim Zurückbehaltungsrecht um ein allgemeines Leistungsverweigerungsrecht handelt.

Aus diesem Grunde ist die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes auch zulässig, wenn die Sache in Besitz genommen und der Entziehungsanspruch des § 861 an die Stelle des § 867 getreten ist. Allerdings scheint dies zweifelhaft und ist auch bestritten[1]) mit Rücksicht auf § 863, nach dem ein Recht zum Besitz oder zur Vornahme der störenden Handlung nur zur Begründung der Behauptung geltend gemacht werden kann, daß die Entziehung des Besitzes nicht verbotene Eigenmacht sei. Indes ist nicht einzusehen, warum der im § 273 niedergelegte allgemeine Grundsatz hier eine Durchbrechung erfahren sollte. Ein Recht zum Besitz, wie bei behauptetem Eigentum, Nießbrauch, Pfandrecht 2c. wird bei Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes überhaupt nicht geltend gemacht, wenigstens nicht in erster Linie, vielmehr handelt es sich nur um ein durch Nichtbefriedigung der eigenen Forderung bedingtes Leistungsverweigerungsrecht schlechthin. An dem Besitz der Sache ist dem Zurückhaltenden nur solange gelegen, als die Befriedigung seines Anspruchs aussteht, der Besitz an der Sache ist also nur Mittel zum Zweck, nicht Endzweck. Ein Bedürfnis, das Zurückbehaltungsrecht, wenn es an sich zu Recht besteht, gegenüber possessorischen Ansprüchen zu versagen, liegt um so weniger vor als es nach § 273 Abs. 3 jederzeit durch Sicherheitsleistung abgewandt werden kann. Es ergibt sich also, daß § 273 garnicht von § 863 betroffen wird, das Zurückbehaltungsrecht somit auch gegenüber dem Anspruch des § 861 gegeben ist.[2])

---

[1]) Dagegen Planck zu § 863 A. 7, Josef S. 287, Fischer-Henle zu § 863 A. 1.

[2]) ebenso Kober zu § 863 A. 7; Biermann zu § 863 A. 1 b; Crome Bd. III S. 72; Rehbein S. 95, A. 81; vergl. ferner Gärtner S. 195, der allerdings in dem Zurückbehaltungsrecht ein Recht zur Vornahme der störenden Handlung zu erblicken scheint.

§ 9.

Die weiteren Abholungsfälle des B. G. B.

In erster Linie ist hier der § 1005 zu nennen, der dem Eigentümer den im § 867 dem Besitzer gewährten Abholungsanspruch verleiht, auch wenn er nicht Besitzer ist. Aus der ausdrücklichen Verweisung auf § 867 geht hervor, daß dieser in vollem Umfange und unter denselben Voraussetzungen auch dem Eigentümer zur Seite stehen muß. Der Anspruch fällt also fort, wenn die Sache inzwischen in Besitz genommen ist (dann greift § 985 ein), der Besitzer des Grundstücks kann Ersatz des durch die Aufsuchung entstehenden Schadens verlangen, er kann, wenn die Entstehung eines Schadens zu besorgen ist, die Gestattung verweigern, bis ihm Sicherheit geleistet wird, es sei denn, daß mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist. Eine Abweichung von dem Anspruch des § 867 ergibt sich allerdings daraus, daß der Anspruch des § 1005 im Eigentum seinen Ursprung hat und daher, da es sich hier um endgültige Feststellung des Rechtes an der Sache handelt, alle petitorischen Einwendungen gegen sich gelten lassen muß. Der Anspruch ist also im Gegensatz zu § 867 petitorischer Natur. Im übrigen bestehen beide Ansprüche nebeneinander; praktisch hat § 867 den Vorzug, daß die Frage der Rechtmäßigkeit der Besitzstellung des Abholenden außer Betracht bleibt, während im Falle des § 1005 der Abholende stets zuvor sein Eigentum beweisen muß. Auf die Möglichkeit einer Kollision beider Ansprüche weist Klein[1]) hin mit Rücksicht auf § 869 Abs. 3. Ist nämlich der Eigentümer zugleich mittelbarer Besitzer, so ist eine Kollision insofern denkbar, als er als mittelbarer Besitzer nur dann den Anspruch aus § 867 geltend machen kann, wenn der unmittelbare Besitzer nicht will oder kann. Trifft diese Voraussetzung nicht zu, so kann er daher, um nicht dem unmittelbaren Besitzer gegenüber benachteiligt zu sein, nur auf Grund des § 1005 vorgehen. Es entscheidet dann die Priorität der Geltendmachung; ein

[1]) S. 21/2.

Grund, § 867 den Vorrang vor § 1005 oder umgekehrt § 1005 vor § 867 zu geben, besteht nicht.

Im Wege der Analogie steht der Anspruch des § 1005 auch dem Nießbraucher und dem Pfandgläubiger zu. (§§ 1065 bezw. 1227 B. G. B).

Einen weiteren Abholungsfall enthält § 962 in dem Verfolgungsrecht des Bienenschwarmeigentümers. Wie schon hervorgehoben,[1]) geht der hier gewährte Anspruch über das Recht aus § 867 hinaus, indem § 962 ein außerordentliches Selbsthilferecht darstellt, der verfolgende Eigentümer sich also um den Widerspruch des Grundstücksbesitzers nicht zu kümmern braucht, auch wenn er zum Zweck der Verfolgung Grundstücke betritt, auf denen sich der Bienenschwarm selbst garnicht befindet. Im einzelnen hebt § 962 hervor, daß, wenn der Schwarm in eine fremde, nicht besetzte Bienenwohnung gezogen ist, der Eigentümer sogar das Recht hat, zum Zweck des Einfangens die Wohnung zu öffnen und die Waben heraus zu nehmen. Der entstehende Schaden ist auch hier zu ersetzen ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Eigentümers.

Äußerlich stellt sich als Abholungsfall auch § 911 (Überfall von Früchten) dar, indem es sich auch hier um das Gelangen von Sachen auf ein fremdes Grundstück handelt. Rechtlich dagegen bildet § 911 gerade eine Ausnahme von § 867, da ein Recht auf Abholung der Früchte hier nicht gegeben ist, die übergefallenen Früchte vielmehr als Früchte des Grundstücks, auf das sie gelangt sind, gelten.

Die praktische Bedeutung[2]) aller Abholungsrechte des B. G.B. ist nur gering, denn meistens wird die Abholung, wenigstens bei offenen Grundstücken, ohne weiteres vorgenommen werden,

---

[1]) Vergl. S. 48.

[2]) Vergl. Planck zu § 867 A. 6; Kober zu § 867 A. 1 c.

meist wird auch der um Erlaubnis des Betretens angegangene Grundstücksbesitzer die Gestattung nicht verweigern. Kommt es wirklich zur Klage und Zwangsvollstreckung, so wird naturgemäß auch damit dem Besitzer häufig nicht gedient sein wegen der Langwierigkeit des Prozesses und der geringen Aussicht, die Sache in unversehrtem Zustande nach Ende des Rechtsstreits zurückzuerhalten; von Wert ist daher unter Umständen nur die Möglichkeit, eine einstweilige Verfügung zu erwirken. Allerdings liegt eine gewisse praktische Bedeutung speziell des § 867 darin, daß durch die den beiderseitigen Interessen der Beteiligten entsprechende gesetzliche Regelung die gütliche Auseinandersetzung der Parteien befördert wird.